Sammlung

auserlesener bayer'scher

Rechtsfälle, Präjudicien

und anderer

interessanter Erkenntnisse

herausgegeben

von

Max Freyherrn du Prel,

königl. Advokaten zu Landshut.

III. Band.

Landshut, 1837.

Druck und Verlag der Joseph Thomann'schen Buch- und Kunsthandlung.

(Joh. Nep. Attenkofer.)

367 - 91

Bavar. 659-3

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BG 12

Vorwort.

Indem ich den III. Band meiner Rechtsfälle — und Präjudicien — Sammlung eröffne, fühle ich mich veranlaßt, die verehrlichen Leser zu versichern, daß ich mich dem mir von so vielen Seiten geäußerten Wunsche: lediglich Präjudicien zu liefern, gerne zuwenden würde, wenn anders die hiezu erfoderlichen Beiträge, besonders von Seite meiner Herren Collegen, zahlreicher flößen, als dieß bisher leider nicht der Fall war. Versprechungen habe ich von allen Seiten die schönsten erhalten, erfüllt wurden sie von Wenigen; unmöglich ist, daß der Einzelne ein solches Unternehmen lange fortsetze, und hauptsächlich von der regern Theilnahme meines Publicums wird es abhängen, ob ein so wünschenswerthes und nützliches Unternehmen immer interessanter werde, oder gleich mehreren Versuchen ähnlicher Art nach einigen Bänden wieder verschwinde.

Meiner Seits werde ich gewiß Nichts unterlassen, was zur beliebigeren Aufnahme des Werkes beitragen kann; es wird künftig kein Rechtsfall mehr in extenso erscheinen, und die Sammlung sich mehr und mehr auf Präjudicien erstrecken, kurz jeder Wunsch gerne von mir erfüllt werden, der sich mit dem Zwecke derselben vereinigen und in Erfüllung bringen läßt; denn, nur das allgemeine Wohl und die Wissenschaft im Auge, befolge ich mit Freuden jeden wohlgemeinten Rath, der darauf hinzielt. Sollte es aber, wie neulich Hr. Collega D..... in A..... wieder Jemand nicht unter seiner Würde finden, anstatt auf dem Wege der

Oeffentlichkeit in einem kritischen Blatte die Lanze einzulegen, ein pöbelhaftes Schreiben an die Verlagshandlung zu erlassen, so möge sich derselbe selbst die Schuld beimessen, wenn er auf unwillkommene Art zurecht gewiesen wird.

Die ersten vier Erkenntnisse, welche ich hier veröffentliche, dürften von höchstem Interesse seyn, indem darin eine wahre Lebensfrage für den Credit, nämlich die Controverse:

ob durch den § 52. des Hypotheken-Gesetzes der § 3. Cap. 18. der G. O. und der § 31 u. 32. der Novelle vom Jahre 1819 aufgehoben sind?

1. unterm 13. Febr. 1835 vom Oberappellations-Gerichte des Königreiches verneint —

2. unterm 24. Febr. dess. J. von einem Appellationsgerichts-Hofe bejaht —

3. unterm 16. März 1836 von dem königl. Ober-Appellationsgerichte abermals verneint — und endlich

4. unterm 12. August 1836 von demselben Appellationsgerichte neuerlich mit so überwiegenden Gründen bejaht wird, daß diese Entscheidung wohl schwerlich zu widerlegen seyn möchte.

Eine authentische Interpretation dieser auf den öffentlichen Credit so einflußreichen Gesetzesstellen durch die jetzt versammelten hohen Stände wäre äußerst wünschenswerth.

Landshut, i. M. Februar 1837.

Baron du Prel,
königl. Advokat.

1.

Über das Executions-Verfahren nach §. 52. des Hypotheken-Gesetzes.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Freyherrn von W. wider E. M., eine Hypotheken-Zinsschuld, jetzt Subhastation in vim executionis betr., zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des königl. Appellationsgerichtes für den *** Kreis vom 14. publ. 27. August 1835 unter Verurtheilung des Revidenten Freyherrn v. W. in die Kosten III. Instanz, und zur Entrichtung ꝛc. von 6 Thaler Succumbenz-Geld.

Sind durch die Bestimmungen des §. 52. des Hypotheken-Gesetzes die Vorschriften der G. O. und der Proc. Nov. v. J. 1819 §. 31 u. 32. f. d. Executions-Verfahren aufgehoben oder nicht?

Gründe.

Durch die im §. 52. des Hypotheken-Gesetzes vom 1. Juni 1822 enthaltenen Vorschriften wurde für den Kläger auf die Bezahlung eines Hypotheken-Zins-Rückstandes zwar ein eigenes neues Verfahren geschaffen, jedoch lediglich zu dem Zwecke, noch schleuniger als im Wege des Executiv-Processes geschehen kann, die Liquidität des Zinsen-Rückstandes herzustellen, und die Zins-Foderung zur Execution reif zu machen.

Dieß zeigt schon eine zergliedernde Vergleichung der Vorschriften in cod. jud. cap. 3. §. 3. Nr. 5. über den Executiv-Proceß mit den in §. 52. des Hypotheken-Gesetzes enthaltenen Bestimmungen.

Die Executiv=Klage ist auf eine guarentigiirte Urkunde zu gründen; die Klage auf Bezahlung eines bloß zweijährigen Hypotheken=Zins=Rückstandes braucht nur durch einen beglaubigten Auszug aus dem Hypotheken=Buche bescheiniget zu seyn. Im Executiv=Processe ist Comm. ad produc. orig. anzuberaumen, auf die Hypotheken=Zins=Klage ist dem Schuldner sofort aufzutragen, den gefoderten Rückstand bei Vermeidung der Execution zu bezahlen.

Die Bestimmung, daß im Executiv=Processe nur in continenti liquidirliche Einreden vorgebracht werden können, ist für das § 52. des Hypotheken=Gesetzes vorgeschriebene Verfahren noch dringender dahin gefaßt, daß der Schuldner mit keiner Einrede gehört werden darf, welche er nicht auf der Stelle mit Urkunden beweisen kann.

Auch im Executiv=Processe ist in Ermanglung in continenti liquid gemachter Einreden zwar ohne weiters zur Execution zu schreiten; allein diese kann durch Appellation wider ein — Einreden gegen die Liquidität der Foderung verwerfendes — Erkenntniß; ja der Executiv=Proceß selbst kann durch die Einrede der unrichtig gewählten Proceß=Art, und durch Appellation gegen ein Erkenntniß über solche aufgehalten werden; im Verfahren des § 52. des Hypotheken=Gesetzes hingegen wird bei dem Mangel einer auf der Stelle durch Urkunden erwiesenen Einrede auf weiteres Anrufen des Gläubigers sofort mit der Execution verfahren, und diese kann in keinem Falle durch ein Rechtsmittel aufgehalten werden.

Im Executiv=Processe endlich wird Alles, was altioris indaginis ist, praestita cautione ad separatum processum verwiesen: nach § 52. des Hypotheken=Gesetzes hingegen bleibt dem Schuldner nur nach geschehener Bezahlung, und ohne die Befugniß Caution zu verlangen, die Rechts=Verfolgung vorbehalten.

Eine eingeklagte Foderung bloß auf zwei Jahre rückständiger Hypotheken=Zinsen wird demnach durch das neue privilegirte kurze Mandats=Proceß=Verfahren weit schneller, und mit wenigerer Kosten=Auslage, als durch den Executiv=

Proceß reif zur Execution; über das Verfahren in der Execution selbst, und über die Art der Executiv-Vollstreckung aber sind im § 52. des Hypotheken-Gesetzes keine der in der Gerichts-Ordnung, und in dem solche verbessernden Gesetze vom 22. Juli 1819 hier übergegebenen Vorschriften abändernde, und überhaupt gar keine Bestimmungen enthalten.

An diesen Vorschriften wurde insbesondere dadurch, daß es im § 52. des Hypotheken-Gesetzes heißt: „im Mangel einer auf der Stelle durch Urkunden erweisbaren Einrede werde auf weiteres Anrufen des Gläubigers sofort mit der Execution verfahren," offenbar nichts abgeändert; denn auch im Executiv-Processe soll man nach cod. jud. cap. 3. § 3. Nr. 5. in Ermanglung in continenti liquidirlicher Einreden, ohne weiters zur Execution schreiten; hiezu ist der Richter in cod. jud. cap. 6. § 11. auch angewiesen, wenn auf Klagen im ordentlichen Processe eine Foderung durch Geständniß liquid geworden ist, und eben so ist im Gesetze vom 22. Juli 1819, Verbesserung der Gerichts-Ordnung betreffend, § 29. den Gerichten zur Pflicht gemacht, in der Execution rechtskräftig entschiedener Foderungen, ohne Verzögerung vorzuschreiten, worauf sodann erst in den folgenden §§ die Vorschriften über das Verfahren in der Execution gegeben sind.

In der Gesetzes-Sprache heißt demnach „gegen den Schuldner mit der Execution verfahren" nicht gegen den Schuldner ohne Einwendungen desselben gegen die Executions-Art und dessen Ansprüche auf die rechtlichen Hülfs-Mittel in der Execution zu beachten, die Execution vollstrecken, sondern es ist damit nur gesagt, „gegen den Schuldner sofort mit dem Executions-Verfahren beginnen, solches eintreten zu lassen."

Mit der Execution verfahren heißt in der Gesetzes-Sprache nicht, dieselbe vollstrecken, sondern nur, damit beginnen.

Im § 52. des Hypotheken-Gesetzes ist aber nicht verordnet, daß die Executions-Vollstreckung, sondern es ist darin nur verordnet, daß die Execution, also der Eintritt des Executions-Verfahrens nach erlassenem definitiven Zah-

lungs-Mandate in keinem Falle durch ein Rechtsmittel aufgehalten werden könne.

Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, in diesem Gesetze nicht bloß das processualische Verfahren zum Zwecke der Richtigstellung eines zweijährigen Zinsen-Rückstandes abzukürzen, und wegen Verwerfung von Einreden gegen die Richtigkeit derselben kein Rechtsmittel zu gestatten, sondern auch das Verfahren in der Execution dergestalt abzukürzen, daß dem Schuldner auch die Einwendungen und Anträge, von denen der § 31. des Proceß-Gesetzes vom 22. Juli 1819 handelt, nicht zu statten kommen sollten, so würde dieses eine ausdrückliche Bestimmung erfodert haben. Der Schuldner darf aber nach solchem nur mit keiner Einrede gehört werden, welche er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen kann; hierunter können aber, wie sich aus der Aufeinanderfolge und aus dem Zusammenhange der Bestimmungen des Gesetzes ergibt, nur Einreden gegen die Richtigkeit der Zins-Foderung, aber nicht die Einwendungen und Anträge des Schuldners nach verfügter Execution verstanden werden, welche die Eigenschaft von Einreden gar nicht haben, und auf welche dasjenige, was das Gesetz von einem Beweise durch Urkunden sagt, gar nicht paßt.

Die Schluß-Bestimmung im § 52. des Hypotheken-Gesetzes endlich ist auch der Auslegung desselben von Seite des Revidenten eben so wenig günstig, denn sie lautet nicht dahin, daß es hinsichtlich des — (mehr als) — zweijährigen Zins-Rückstandes bei den Vorschriften der Gerichts-Ordnung und der Verordnung vom 22. Juli 1819, Verbesserung der Gerichts-Ordnung betreffend, über das Executions-Verfahren, oder daß es bei der Executions-Ordnung — sondern sie lautet dahin, daß es hinsichtlich derselben bei den Vorschriften der Proceß-Ordnung verbleibe, womit nichts anderes gesagt ist, als daß ältere, als zweijährige Zins-Rückstände wie andere Foderungen eingeklagt werden müssen, was jedoch, wie v. Gönner im Commentar über das Hypotheken-Gesetz S. 432. bemerkt hat, wenn die Zinsen im Hypotheken-Briefe

mit bestimmter Zahlungs-Zeit bedungen sind, auch im Executiv-Processe geschehen kann.

Überhaupt enthält dieser Commentar nichts, was derjenigen Auslegung des § 52. günstig wäre, welche das erstrichterliche Verfahren in der vorliegenden Sache zur Folge gehabt hat: solcher enthält im Gegentheile die Bemerkung S. 524. — daß das ganze gerichtliche Verfahren bis zu dem Momente, wo ein Gut zur Versteigerung wirklich ausgesetzt sey, außer dem Hypotheken-Gesetze liege, und sich nach den Vorschriften über das gerichtliche Verfahren richte.

Lediglich über die Art der Vollstreckung der Execution in das hypothecirte Gut mittelst öffentlicher Feilbietung desselben enthält das Hypotheken-Gesetz § 64. die frühern gesetzlichen Vorschriften abändernde Normen, und in diesem § ist hinsichtlich des Verfahrens bis zu dem Erkenntnisse, daß der gerichtliche Verkauf einzutreten habe, ausdrücklich auf die Vorschriften im cod. jud. cap. 18. § 7. und im Gesetze vom 22. Juli 1819, Verbesserung der Gerichts-Ordnung betr., hingewiesen, ohne daß unterschieden ist, ob wegen des Capitals, oder wegen privilegirter Zinsen auf Guts-Subhastation angetragen worden sey, wozu auch jeder Grund gemangelt haben würde, zumal die Klage des Schuldners ganz dieselbe ist, es möge die Subhastation seines Anwesens durch Einklagung eines Zinsen-Rückstandes oder des Capitals selbst herbeigeführet werden, der Gläubiger hingegen durch den Anwesens-Verkauf wegen eines Zins-Rückstandes auch das Capital ohne vorgängige Kündigung oder Einklagung desselben, so weit der Erlös reicht, mitbezahlt erhält.

Sollte das Gut von solcher Beschaffenheit, wie das M.'sche zur Execution verkauft werden, so kann gemäß § 32. des Proceß-Gesetzes vom 22. Juli 1819 der Schuldner verlangen, daß ihm der Selbst-Verkauf gestattet werde.

Da der Freyherr von W. statt vorgängig im Mandats-Processe darauf, daß E. M. den Zinsen-Rückstand binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Execution bezahle, zu klagen, sofort den ersten Angriff mit einem Anrufen um Execution gemacht, die Auspfändung und erfoderlichen Falls den Ver-

kauf der Hypothek als Executions-Mittel vorgeschlagen, und da auch das Gericht in dem Zahlungs-Mandate vom 5. exped. 8. Nov. 1833 statt mit demselben eine Executions-Bedrohung im Allgemeinen zu verbinden, dem E. M. die Auspfändung angedroht hat, so wurde von diesem wegen Unzulänglichkeit des Mobiliars noch vor Ablauf des achttägigen Zahlungs-Termines, nämlich am 16. Nov., folglich rechtzeitig auf Gestattung des Selbst-Verkaufes angetragen. Seine Befugniß hiezu wurde von dem Freyherrn von W. lediglich mittels Berufung auf den § 52. des Hypotheken-Gesetzes, daher wie gezeigt ohne rechtlichen Grund bestritten, übrigens von demselben gegen die Größe des von M. verlangten 6 monatl. Termines eventuel nichts erinnert; das erstrichterliche Decret vom 28. Dec. 1830, durch welches E. M. principaliter mit seinem Antrage abgewiesen worden ist, wurde daher auf seine Berufung gegen dasselbe durch die sententia a quo mit Recht dahin abgeändert, daß dem E. M. zum Selbst-Verkaufe des Gutes ein 6 monatlicher Termin zu bewilligen sey.

E. M. hat zwar, obgleich das Gericht I. Instanz ungeachtet die Berufung gegen das gravirende Decret schon am 28. Dec. 1833 bei demselben einkam, den bestimmtesten Vorschriften in cod. jud. c. 15. § 3. Nr. 8. und § 8. Nr. 1. so wie im Proceß-Gesetze vom 22. Juli 1819 § 24 und 31. Absatz 3. entgegen auf den Antrag des Freyherrn von W. nicht nur das Gut zum zweiten und dritten Male feil geboten, sondern demselben als Meistbietenden sogar adjudicirt hat, auf Aufhebung dieser weitern Gerichtshandlungen, als nichtig mittelst einer Attentativ-Beschwerde nicht angetragen. Da seine Appellations-Beschwerde gegen das Decret vom 28. Dec. 1833 gegründet ist, so hatte er dieß zu thun jedoch nicht nöthig, weil die Abänderung desselben die Aufhebung der auf dasselbe gebauten Verhandlungen, und des erlassenen Adjudications-Bescheides als voreilig erlassen, zur nothwendigen Folge hat, weßwegen die reformatorische sententia a quo von dem Revidenten unpassend, als ein ohne Vorhandenseyn von Ursachen mit unheilbarer Nichtigkeit ergangenes

cassatorisches Erkenntniß bezeichnet wurde. Aus diesen Gründen war bestättigend oberstrichterlich zu erkennen, und der Revident in die Kosten III. Instanz zu verurtheilen.

München, den 13. Februar 1835.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

2.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das unterfertigte Appellationsgericht auf die von der Bierbrauers-Ehefrau E. E. zu M. in ihrer Streit-Sache gegen den bürgerl. Kornmesser G. N. daselbst wegen Foderung von Hypothek-Zinsen unterm 17. praes. 21. d. M. übergebene Beschwerde zu Recht:

„daß diese Beschwerde abzuweisen und nicht nur die Querulantin neben ihrer Verurtheilung in die hiedurch veranlaßten Kosten in eine Frivolitäts-Strafe von sechs Thalern zu verfällen, sondern auch dem Anwalte derselben das angesetzte Deservit mit 3 fl. 38 kr. zu Gunsten des Advokaten-Wittwen- und Waisen-Fondes zu streichen sey.

Gründe.

Auf eine von dem bürgerl. Kornmesser G. N. wegen einjährigen fünfprocentigen Zins-Rückstandes aus einem Hypothek-Capitale pr. 1500 fl. gegen die Bierbraners-Ehefrau E. E. zu M. gestellte Klage, in welcher derselbe auf Execution durch Mobiliar-Auspfändung, eventuel aber auf öffentlichen Verkauf der verpfändeten Realität angetragen hatte, wurde vom Kreis- und Stadtgerichte M. durch Decret vom 27. v. M. der Schuldnerin bei Vermeidung der beantragten Execution der entsprechende Zahlungs-Auftrag nach § 52.

des Hypotheken-Gesetzes gemacht. Dieselbe hat hierauf in einer Remonstration vom 5. d. M., diesen Zahlungs-Auftrag, so weit er mit der Androhung der Mobiliar-Execution verbunden sey, als sine cognitione causae erlassen zurückzunehmen; vielmehr dem Kläger in dieser Beziehung die Abweisung zu bedeuten, und übergab sofort — durch Inhäsiv-Decret vom 13. dieß M. hiemit zurückgewiesen, unterm 17. praes. 29. dieß bei dem unterfertigten Gerichts-Hofe dagegen eine Beschwerde, in welcher sie um schleunige Abforderung der Acten, sofort um rechtlichen Ausspruch dahin bat, daß in dem vorliegenden Falle dem Suspensiv-Effecte Statt zu geben, demnach der Status quo unverzüglich herzustellen, und in der Haupt-Sache rechtlicher Ordnung nach weiter zu verfahren sey.

Diese Beschwerde, welche sich gleich der Remonstration vom 5. d. M. ausschließend auf die Behauptung stützt, daß in dem Falle, wenn der Hypothek-Gläubiger mit der dinglichen Klage zugleich die persönliche verbindet, sonach neben dem Verkaufe des Hypothek-Objectes gleichzeitig auch auf Mobiliar-Execution andringt, das besondere Verfahren des § 52. des Hypotheken-Gesetzes nicht zuläßig sey, mußte jedoch schon ex ipsis narratis als durchaus unbegründet zurückgewiesen werden, weil im Allgemeinen gegen einen Zahlungs-Auftrag nach § 52. nicht nur überhaupt kein Rechts-Mittel, am allerwenigsten aber mit Suspensiv-Effect Platz greift, endlich weil dieselbe, in so ferne das vorhabende Rechts-Mittel vorzugsweise gegen die Zuläßigkeit der Proceß-Art geltend gemacht werden will, sich auch materiel dermal schon als unbegründet darstellt, da einerseits nicht nur in der vom Hypotheken-Gesetze § 49. ausdrücklich gestatteten Verbindung der persönlichen Klage mit der dinglichen von selbst schon die Befugniß für den Gläubiger liegt, neben der Execution am Hypothek-Objecte auch jene durch Auspfändung an Mobilien in Anspruch zu nehmen, andererseits und vorzugsweise aber diese Befugniß in specieler Beziehung auf Zinsen-Klagen auch darin ihre schlechterdings nicht zu verkennende Begründung findet, daß die einschlägige Be-

stimmung des §. 52. den generelen Ausdruck „Execution“ gewählt hat, welcher alle zuläßigen Arten derselben in sich begreift.

Da übrigens die vorliegende Beschwerde der E. E., deren Abweisung ohnedieß die Verurtheilung der letzteren in die hiedurch veranlaßten Kosten zur gesetzlichen Folge hat, bei dem ganz unzweideutigen Wort-Laute der einschlägigen Gesetze das offenbare Gepräge des Muthwillens an sich trägt, und lediglich die Umgehung eines auf stracke Execution berechneten Gesetzes beabsichtet, so erscheint hiedurch nicht nur die weitere Verfällung der Querulantin in eine Frivolitäts-Strafe von 6 Thalern, sondern auch der gleichzeitig erkannte Abstrich des von ihrem Anwalte für die Beschwerde angesetzten Deservites zu Gunsten des Advokaten-Wittwen- und Waisen-Fondes zur Genüge gerechtfertiget.

Den 24. Februar 1835.

Königliches Appellationsgericht für den *** Kreis.

(L. S.) v. Hörmann, Präsident.

Dobmayer, Secr.

3.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Revisions-Sache der E. E., Bräuerin in M., gegen mehrere Gläubiger, Bewilligung einer Frist von Amtswegen zum Selbstverkaufe des Anwesens betreffend, zu Recht:

daß der Beklagten und Revidentin zum Selbstverkaufe ihres Anwesens ein Termin von 3 Monaten zu gestatten sey.

Die Kosten sämmtlicher Instanzen, in so weit als sie auf den Antrag der Beklagten vom praef. 6. Juni 1835, und ihre deßfallsigen Berufungen ergangen sind, werden compensirt.

Entscheidungs-Gründe.

I. Durch den § 52. des Hypotheken-Gesetzes vom 1. Juni 1822 ist für Klagen auf Bezahlung der Hypotheken-Zinsen-Rückstände von den letzten zwei Jahren allerdings ein eigenes schleunigeres und strengeres Verfahren angeordnet worden, um die Liquidität des Zins-Rückstandes herzustellen, und die Zinsen-Foderungen zur Execution reif zu machen, indem

a) das Gesetz keinen strengen Beweis fodert, sondern durch seine alternative Bestimmungen auch die Bescheinigung mit einem beglaubigten Auszuge aus dem Hypotheken-Buche als hinreichend erkläret —

b) hierauf sofort ohne Anberaumung eines Termines zur Vernehmlassung oder zur Agnition der vorgelegten Bescheinigung der unbedingte Auftrag an den Schuldner zur Zahlung des gefoderten Zins-Rückstandes binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Execution erfolgen muß —

c) innerhalb dieses Termines der Schuldner nur mit solchen Einreden, welche er auf der Stelle mit Urkunden beweisen kann, gehört, und dann

d) auf weiteres Anrufen des Gläubigers im Mangel einer solchen Einrede sofort mit der Execution verfahren werden soll.

Daß durch diese specielen Bestimmungen den allgemeinen Vorschriften der Gerichts-Ordnung und der Proceß-Novelle vom 22. Juli 1819 über das Verfahren bei Klagestellungen überhaupt, und insbesondere auch der Bestimmung dieser Novelle § 30. Abschn. 2., nach welcher der dem Schuldner im Executions-Verfahren zur Zahlung bei Vermeidung der Execution vorzusetzende Termin im Verhältnisse der gefoderten Summe nach bestimmten Gradationen abzumessen, und nach diesem Verhältnisse auf 14 Tage, vier, dann 6 — 8

Wochen festzusetzen ist, derogirt worden sey, kann daher keinem Zweifel unterliegen.

Es fragt sich sonach nur, ob durch jene Bestimmungen des § 52. des Hypotheken-Gesetzes die Vorschriften der G. O. und der Proceß-Novelle vom 22. Juli 1819 § 31 u. 32. für das Executions-Verfahren auch als aufgehoben zu betrachten seyen. Diese Frage muß verneint werden, denn

1. der mehr berührte § 52. des Hypotheken-Gesetzes enthält über die Art selbst, wie in der Execution der eingeklagten Zinsen-Rückstände von den letzten zwei Jahren verfahren werden soll, keine besondere abweichende Bestimmung.

Es müssen daher allerdings die allgemeinen Vorschriften der G. O. und des Proceß-Gesetzes vom 22. Juli 1819 als gültige Normen für die Verfahrens-Art in der Execution betrachtet werden, weil das speciele Gesetz dem allgemeinen nur in so weit, als es abweichende Bestimmungen enthält, derogirt. Wenn daher gleich das Gesetz ein schleuniges Verfahren bei solchen eingeklagten Zins-Rückständen von den letzten zwei Jahren will, und der Gläubiger von den processualischen Weitläufigkeiten geschützt seyn soll, so kann auf der andern Seite das Verfahren doch nicht tumultuarisch oder bloß willkührlich seyn.

Über Gegenstände, worauf die Execution zu verfügen, und welche Gradation darin einzuhalten sey, ist in dem bemeldten § 52. des Hypotheken-Gesetzes keine Bestimmung enthalten. Es ist daher nicht zu zweifeln, daß hierin die Vorschriften der G. O. cap. 18. § 3 et 4. gelten, und daß dem Schuldner, wenn der Gläubiger sogleich in seiner Klage, oder in seinem weitern Anrufen um Vollstreckung der Execution eine Sache zur Execution vorschlägt, worauf die Execution nicht statt findet, oder wenn er die vorgeschriebene Gradation dadurch verletzt, daß er das ihm verpfändete Haupt-Gut als Executions-Gegenstand benennt, wo er auch aus den Früchten seine vollständige Befriedigung hinsichtlich der eingeklagten Zinsen erhalten kann, — das Recht nach dem § 31. des Proceß-Gesetzes zukomme, in der angesetzten

Frist die vorgeschlagene Executions-Art anzufechten, und ein weiteres Executions-Mittel zu benennen.

2. Der Schuldner darf nach dem erwähnten § 52. des Hypotheken-Gesetzes bei den eingeklagten Hypothek-Zinsen-Rückständen der letztern zwei Jahre nur mit den auf der Stelle durch Urkunden zu beweisenden Einreden gehört werden.

Der Geist des Gesetzes will somit allerdings, daß das Verfahren nicht durch illiquide Einreden aufgehalten werde; dadurch können aber nicht solche Einwendungen und Anträge als ausgeschlossen angesehen werden, welche in dem Gesetze selbst sich gründen, und eines Beweises gar nicht bedürfen. Dieses muß daher auch von Einwendungen gegen die vorgeschlagene Proceß-Art, und den nach den Gesetzen zuläßigen rechtlichen Hülfsmitteln gelten, wenn unter den im § 52. des Hypotheken-Gesetzes bemerkten Einreden nicht bloß solche, welche sich auf die Richtigkeit der Zinsen-Foderung selbst beziehen, sondern überhaupt alle Einwendungen, und die Anträge der Schuldner zu verstehen sind, da schon nach allgemeinen Rechts-Grundsätzen zu den sofort liquiden Einreden auch jene gehören, welche auf einem Gesetze selbst beruhen. (Martins Lehrbuch des gemeinen teutschen Processes § 336. not. lit. a.)

3. Wenn durch das im § 52. des Hypotheken-Gesetzes angeordnete schleunige Verfahren der Credit befestiget werden soll, so ist es auf der andern Seite eine eben so wichtige Staats-Rücksicht, daß nicht durch eine unnöthige Härte des Gläubigers dem Schuldner ein übermäßiger Schaden verursacht — daß nicht der Familienvater durch eine übertriebene Strenge wegen einer Geldschuld, hinsichtlich welcher er bei einiger Nachsicht wohl seine Befriedigung erhalten kann, von Haus und Hof vertrieben werde.

Hierauf hat auch die Gesetzgebung nicht nur in den Vorschriften über das Verfahren bei dem Proceß-Gesetze vom 22. Juli 1819, sondern auch in dem Hypotheken-Gesetze selbst die gehörige Rücksicht genommen.

Um die Strenge der Execution zu mäßigen, kann insbesondere dem Schuldner zum Selbst-Verkaufe des Gutes,

auf dessen Verkauf von den Gläubigern im Wege der Execution angetragen wird, nach dem § 32. des erwähnten Proceß-Gesetzes, wenn das Gut die vorausgesetzte Eigenschaft hat, vom Richter ein drei- bis sechsmonatlicher Termin verstattet werden, weil nach der Erfahrung man unter der Hand öfter einen bessern Käufer findet, als bei der öffentlichen Versteigerung, und der Schuldner durch theilweise Veräußerung, oder auf andere Weise ohne öffentliche Feilbietung des Gutes den Gläubiger zu befriedigen im Stande ist.

In dem § 64. des Hypotheken-Gesetzes ist ferner, wenn auf die Klage eines Hypotheken-Gläubigers zur Bezahlung einer Hypotheken-Schuld der gerichtliche Verkauf des hypothecirten Gutes selbst erkannt werden soll, auf die Vorschriften der G. O. cap. 18. § 7. und des Gesetzes vom 22. Juli 1819, Verbesserungen der Gerichts-Ordnung betreffend, ausdrücklich hingewiesen.

Unter Hypothek-Schuld ist aber im rechtlichen Sinne nicht bloß das Capital, für welches das Gut verhypothecirt ist, zu verstehen, sondern es müssen dazu auch die Zinsen von den letzten zwei Jahren gerechnet werden, weil sich auch auf diese die Hypothek Kraft der Bestimmung des Hypotheken-Gesetzes § 42. erstreckt.

Wenn also das Gut selbst wegen solcher Rückstände von den letzten zwei Jahren verkauft werden soll, so ist es sogar der angeführten Stelle des Hypotheken-Gesetzes § 64. gemäß, daß dem Schuldner auf sein Verlangen, und unter der Voraussetzung, daß das Gut die erfoderliche Eigenschaft hat, vorher ein Termin zum Selbst-Verkaufe gestattet werden müsse.

Wollte man annehmen, daß der § 32. des Proceß-Gesetzes nach der Bestimmung des § 64. des Hypotheken-Gesetzes bloß dann zur Anwendung kommen könne, wenn zur Bezahlung des Hypothek-Capitals das verhypothecirte Gut gerichtlich verkauft werden solle, nicht aber bei dem angetragenen Verkaufe desselben wegen Hypothek-Zinsen von den letzten zwei Jahren, so würde hieraus die Inconsequenz folgen, daß wegen einer geringen Zinsen-Foderung der

Schuldner vom Gute ohne weitere Schonung getrieben werden könnte, nicht aber wegen der Haupt-Foderung selbst, welche Inconsequenz dem Gesetze nicht unterlegt werden kann; hiefür sprechen auch die Anmerkungen des Staats-Raths v. Gönner in seinem Commentar zu dem Hypotheken-Gesetze. Zum § 52. bemerkt derselbe zwar (S. 429 u. 430.), daß die Rücksicht, welche einige Schonung gegen den Schuldner bei der Execution in Ansehung des Capitals rechtfertige, bei den Zinsen wegfalle; allein es wird dort vorausgesetzt, daß diese Zinsen aus den Früchten der Sache bezahlt werden können und sollen. Dieses kann daher auf den Fall nicht bezogen werden, wenn das Gut selbst zum Behufe der Zahlung der Zinsen gerichtlich verkauft werden soll. In den Anmerkungen zum § 64. des Hyp.-Ges. wird auch vielmehr (S. 524 u. 525.) unter den Gründen, durch welche das Hypotheken-Gesetz gegen den Vorwurf, daß es die Schuldner der Willkühr harter Hypothek-Gläubiger aussetze, und unnatürlicher Strenge unterwerfe, gerechtfertiget werden soll, ausdrücklich auch der Grund angeführt, daß der Schuldner das Recht des Selbst-Verkaufes in den Fällen behalte, wo es ihm die Gerichts-Ordnung zusprechе, also überhaupt, wo ein Gut von dem darin vorausgesetzten bedeutenden Umfang und Werth gerichtlich versteigert werden soll, ohne Unterschied, ob bloß für die Hypotheken-Zinsen-Rückstände von den letzten zwei Jahren, oder zur Zahlung des Capitals selbst.

4. Es kömmt hiebei weiter in Betrachtung, daß eine Rechts-Verfolgung, die nach § 52. des Hypotheken-Gesetzes dem Schuldner vorbehalten bleiben soll, dieses dem Schuldner nach verkauftem Gute nichts nützen, und ein deßfallsiger Vorbehalt nur überflüßig seyn würde.

5. Die Schluß-Bestimmung im besagten § 52. des Hypotheken-Gesetzes kann auch nicht entgegenstehen, denn sie enthält nicht, daß es hinsichtlich der ältern als zweijährigen Zins-Rückstände bei den Vorschriften der Gerichts-Ordnung und Proceß-Gesetz vom 22. Juli 1819 über das Executions-Verfahren, resp. die Executions-Ordnung verbleibe, so daß daraus geschlossen werden könnte, daß dieses Execu-

tions-Verfahren bei den eingeklagten privilegirten, verhypothecirten Schulden nicht statt finde, — sondern die erwähnte Stelle lautet nur im Allgemeinen dahin, daß es hinsichtlich älterer Zins-Rückstände bei den Vorschriften der Gerichts-Ordnung verbleibe, womit nichts anders gesagt ist, als daß ältere als zweijährige Zins-Rückstände, wie andere Foderungen nach der Proceß-Ordnung einzuklagen seyen. Cf. v. Gönners Commentar zum Hypothek.-Ges. S. 432.

II. Dieß vorausgesetzt, ist die Beschwerde der Revidentin, daß sie mit ihrem Gesuche einer Bewilligung eines Termines zum Selbst-Verkaufe ihres fraglichen Brau-Anwesens abgewiesen worden sey, begründet, denn

a) dieses Anwesen beträgt nach der Schätzung mit Einrechnung der Gerechtigkeit 41,000 fl. — im Werthe, ist also allerdings von der Beschaffenheit, daß es zu den ansehnlicheren unbeweglichen Gütern im Sinne des § 52. des Proceß-Gesetzes vom 22. Juli 1819 gerechnet werden kann.

b) Von den Gläubigern E. und dessen Schwiegervater P. ist in den Separat-Processen wegen rückständigen Hypothek-Zinsen *primarie* auf den gerichtlichen Verkauf des verhypothecirten Anwesens angetragen worden, und event. hat auch P. wegen seiner Hypothek-Zinsen-Foderung den Antrag darauf gestellt.

c) Actenmäßig können diese Gläubiger auch nur aus dem Verkaufe des verhypothecirten Anwesens ihre Befriedigung erhalten, weil die sämmtliche Mobiliarschaft, und auch die Mieth-Zinse der verpfändeten Realität für andere Gläubiger in Beschlag genommen worden sind.

d) Die Revidentin hat ferner schon in der ihr zur Zahlung der Hypotheken-Zinse des E. und des P. bei Vermeidung der Execution vorgesetzten achttägigen Frist, ausdrücklich um Gestattung eines Termines von sechs Monaten zum Selbst-Verkaufe ihres besagten Anwesens gebeten, und nachher, nämlich durch Eingabe vom praes. 2. April 1835 ihren Antrag in ihrem Debitwesen bezüglich auf ihre übrigen Gläubiger wiederholt.

e) Die gesetzlichen Erfoderniſſe zur Bewilligung eines vorläufigen Termines zum Selbſt=Verkaufe ſind daher vorhanden, und derselbe kann gestattet werden, ohne daß der von einigen Gläubigern bei der zur gütlichen Vereinigung angesetzten Tagsfahrt vom 18. Mai 1835 dagegen vorgebrachte Widerſpruch, resp. die deßfalls gemachten Bedingungen zu beachten ſind, weil der Richter nach dem Inhalte des angeführten § 32. des Proceß=Geſetzes bei Gestattung des erſten Termines an die Zuſtimmung der Gläubiger nicht gebunden iſt, und nur die Verlängerung des Termines ohne Einwilligung der betheiligten Gläubiger nicht geſchehen darf.

f) Die Gestattung eines Termines zum Selbſt=Verkaufe kann im gegenwärtigen Falle um ſo weniger einem Zweifel unterliegen, weil die Gläubigerin Nannette E. gegen die Revidentin nicht nur die rückſtändigen Zinſen von ihrem Hypothek=Capital zu 1500 (mit 75) eingeklagt, ſondern der Revidentin auch das Hypotheken=Capital ſelbſt gerichtlich aufgekündet, und deßhalb in dem weiteren Aurufen vom praef. 30. April 1835 zum Behufe ihrer Befriedigung ſowohl wegen der Zinſe, als des Capitals ſelbſt gleichfalls auf gerichtlichen Verkauf desſelben Anweſens angetragen hat, bei dem Antrage auf Verkauf eines beträchtlichen Gutes zum Zwecke der Zahlung des Hypotheken=Capitals ſelbſt ohne allen Zweifel nach dem angeführten § 64. des Hypotheken=Geſetzes die Vorſchriften der G. O. cap. 18. § 7. und des Geſetzes vom 22. Juli 1810 zur Anwendung kommen müſſen.

III. Die Anordnung einer weiteren Verhandlung über das Geſuch der Revidentin ſtellt ſich bei den vorliegenden Umſtänden als überflüßig dar, eben weil der Antrag derſelben überhaupt begründet iſt, und in dieſem Falle der Richter dieſem ohne Vernehmung der Gläubiger willfahren kann, wo er dann den Termin nach der geſetzlichen Vorſchrift auf 3 bis 6 Monate zu beſtimmen hat.

Nur im Zweifel ſollen die Gläubiger bei einer anzuberaumenden Tagesfahrt darüber vernommen werden.

Cf. v. Gönners Commentar über das Gesetz vom 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der G. O. S. 429. ad 3.

Die Revidentin hat auch in dieser Instanz den Antrag auf den Fall, daß eine Verhandlung über ihr Gesuch nicht mehr erfoderlich seyn sollte, selbst dahin gestellt, ihr den Termin zum Selbst-Verkaufe ihres Anwesens sofort von Amtswegen zu gestatten.

Dieser konnte jedoch nur auf drei Monate bestimmt werden, weil ein Termin von sechs Monaten, welchen Revidentin erbeten hat, nach den angeführten gesetzlichen Bestimmungen des § 32. des Proceß-Gesetzes vom 22. Juli 1819 nur bei Gütern von besonders hohem Werth bewilliget werden soll, von welcher Beschaffenheit das besagte Anwesen der Revidentin nicht ist, wozu noch kommt, daß seit der Anbringung des Gesuches der Revidentin, den 24. April 1835, schon eine geraume Zeit verflossen ist, während welcher dieselbe sich um einen Käufer ihres Anwesens, wenn es ihr um den Selbst-Verkauf desselben wirklich zu thun ist, umzusehen schon hinreichende Gelegenheit hatte.

Die erkannte Compensation der Kosten rechtfertiget sich durch die Verschiedenheit der gefällten Erkenntnisse, und mit Hinblick auf cap. 17. § 4. der Gerichts-Ordnung.

München, den 19. Februar 1836.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Freyherr v. Welden, Präsident.

Secr. Fränkl.

4.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt der unterfertigte Gerichtshof in Sache Mathias D.'sche Eheleute gegen Anna K., Schäflers-Gattin in M., Hypothek-Zinse

1) Bei d. nach § 52. des Hypotheken-Gesetzes decretirten Exe-

cution ist d. Antrag auf Selbst-Verkauf des Anwesens unzulässig.

2) Die Feilbietung und d. Hinschlag des Anwesens darf aber nicht statt finden, ohne ehevor den Gläubiger u. Schuldner über die Schätzung zu vernehmen.

betreffend, auf die Berufung der Beklagten vom 9. praes. 14. Sept., dann 26. Novemb. praes. 9. Dec. v. J. zu Recht:

1. Der Beschluß des königl. Kreis- und Stadtgerichts M. vom 7. August v. J. werde lediglich bestättigt, dagegen

2. die durch die Beschlüsse vom 11. u. 18. Sept., dann 16. Oct. v. J. verfügte Feilbietung und Adjudication des Wohnhauses der Beklagten als zu voreilig aufgehoben und vielmehr

3. das königl. Kreis- und Stadtgericht M. angewiesen, fürdersamst die beklagte Anna K., wie nicht weniger auf deren Behausung eingetragenen Hypothek-Gläubiger mit ihrer Erinnerung über die zu den Acten gebrachte Schätzung ihrer Behausung und mit dem allenfallsigen Nachweise eines höhern Werthes unter Vorsteckung einer kurzen — ausschließenden und unerstrecklichen Frist zu vernehmen, hiernach den Schätzungs-Preis (nach Umständen gerichtlich) festzustellen und sodann dem § 52. gemäß unaufhaltsam sowohl mit der Feilbietung, als dem Hinschlage des fraglichen Hypotheken-Objectes nach Anleitung des § 64. des Hypotheken-Gesetzes von Neuem, jedoch tax- und siegelfrei vorzuschreiten.

Gründe.

Die Beklagte Anna K. beschwert sich vor Allem darüber, daß bei dem wider sie auf Imploration der D.'schen Eheleute in Betreff zweijähriger privilegirter Hypothek-Capitals-Zinsen zu 266 fl. 40 kr. nach § 52. des Hypotheken-Gesetzes eingeleiteten Verfahren der von ihr gestellte Antrag auf Gestattung eines sechsmonatlichen Termines zum Selbst-Verkaufe ihrer als Hypothek-Object unterstellten Behausung durch Beschluß des königl. Kreis- und Stadtgerichtes M. vom 7. August v. J. abgewiesen wurde.

Bei Beurtheilung dieser Beschwerde kommt alles auf die Entscheidung der Rechtsfrage an, ob der § 52. des Hypo-

theken-Gesetzes in Ansehung der rückständigen Hypothek-Zinsen der letzten zwei Jahre lediglich ein schleunigeres (die Executions-Instanz schneller herbeiführendes) Liquidations-Verfahren oder vielmehr ein specieles schleunigeres Executions-Verfahren oder allenfalls beides zugleich angeordnet habe?

Aus der Entscheidung dieser Frage ergibt sich die Lösung der weitern Frage von selbst: ob der durch den § 31 und 32. der Proceß-Novelle vom 22. Juli 1819 dem Schuldner in der Executions-Instanz zugestandene Selbst-Verkauf der als Executions-Object vorgeschlagenen unbeweglichen Güter auch dem auf Zahlung privilegirter Zinsen eines Hypothek-Capitales nach § 52. des Hyp.-Ges. belangten und auf Execution getriebenen Hypothek-Schuldner zukomme oder nicht?

Die vorstehend angedeuteten Rechtsfragen finden nachstehend ihre Erledigung:

1. Unbezweifelt wurde durch den § 52. loco citato zur Flüßigmachung der Zinse eines Hypothek-Capitals von den letzten zwei Jahren ein neues eigenthümliches — die Execution schneller herbeiführendes Proceß-Verfahren eingeführt.

Dieses beweiset die Vergleichung des im § 52. vorgezeichneten Verfahrens mit dem Proceß-Verfahren, wie solches vor Einführung des Hypotheken-Gesetzes bestand.

Die privilegirteste Proceß-Art, in welcher Zinsen eines Hypothek-Capitals, die durch Hypothek- und Schuld-Verschreibungen nachweisbar sind, gerichtlich verfolgt werden konnten, ist unstreitig der Executiv-Proceß.

Dieser brachte nicht nur ein eigenes Productions-Verfahren, sondern häufig auch Vorverfahren über die Statthaftigkeit dieser Proceß-Art, ferner jederzeit noch ein besonderes Erkenntniß über die Liquidität und endlich sowohl ordentliche als außerordentliche Rechtsmittel, deren Rechtskraft abgewartet werden mußte, mit sich, bis die Sache zur Executions-Instanz gedieh.

Noch größere processualische Weitläufigkeiten sind mit dem Verfahren im ordentlichen Processe verbunden, wenn auf diesem Wege Zinsen eines Hypothek-Capitals zur Execution reif gemacht werden wollten.

An die Stelle dieses weit aussehenden — processualische Weitläufigkeiten aller Art mit sich führenden Verfahrens trat durch den § 52. ein ganz einfaches — auf die nothdürftigste Vertheidigung des Schuldners beschränktes — alle processualische Weitläufigkeiten abschneidendes höchst summarisches Verfahren, kraft dessen schon im kurzen Zeitraume von acht Tagen die Execution in Ansehung der fraglichen Zins-Rückstände herbeigeführt wird.

Dieses besteht darin:

Schon auf die mit einem Hypotheken-Briefe oder beglaubten Hypothekenbuchs-Auszuge bescheinigte Klage hin, geht dem Schuldner der unbedingte Auftrag zu, in Zeit acht Tagen den gefoderten Rückstand bei Executions-Vermeidung zu zahlen (mandatum sine clausula cum comminatione executionis) der Schuldner selbst muß seine allenfallsigen formelen und materielen Einreden hiegegen schon innerhalb dieser kurzen Frist nicht nur vorbringen, sondern auch sogleich durch Urkunden vollständig beweisen.

Außerdem aber, wenn er die achttägige Frist fruchtlos verstreichen läßt, oder seine Einreden urkundlich nicht nachzuweisen vermag, oder die nachzuweisen versuchten — vom Richter verworfen werden, wird auf weiteres Anrufen des Gläubigers, ohne daß es eines förmlichen Erkenntnisses über die Liquidität des gefoderten Zins-Rückstandes und des Abwartens der Rechtskraft eines solchen bedarf, sofort wider ihn mit der Execution verfahren.

Dem in diesem summarischen Verfahren unterliegenden Schuldner stehen hingegen zwar sowohl ordentliche als außerordentliche Rechtsmittel zu Gebote, auch ist ihm gestattet, seine bei diesem außerordentlichen Verfahren nicht berücksichtigten materielen Einreden im Wege einer Nachklage geltend zu machen.

Allein den zuerst erwähnten Rechtsmitteln ist der Suspensiv-Effect versagt und die Nachklage kam von ihm erst dann, wenn von ihm entweder freiwillig oder mittels Hülfs-Vollstreckung die Zahlung des eingeklagten Zins-Rückstandes geleistet ist, geltend gemacht werden. Dieses außerordentliche

und schleunige Liquidations-Verfahren ist theils buchstäblich, theils implicite im § 52. enthalten.

Dasselbe beruht darauf, daß eine mit einem Hypotheken-Briefe oder Auszuge aus dem Hypotheken-Buche als öffentliche Documente bescheinigte Hypothek-Zins-Klage in contumaciam als liquid und zugestanden betrachtet wird, wenn der Schuldner entweder den ihm zur Vorbringung seiner Einreden hiegegen gesetzlich vorgesetzten Termin fruchtlos verstreichen läßt, oder was diesem gleichgestellt ist, die urkundlich bescheinigte Klage nicht durch urkundlich nachgewiesene Einreden, d. i. weder durch directen noch indirecten urkundlichen Gegenbeweis zu entkräften vermag.

Diesem in contumaciam angenommenen Geständnisse wird durch den § 52. dieselbe Wirksamkeit eingeräumt, wie einem ausdrücklichen gerichtlichen Geständnisse, hinsichtlich dessen die Gerichts-Ordnung cap. XII. § 1. vorschreibt:

daß es gegen den Geständigen keines Erkenntnisses bedürfe, sondern gleich mit straker Execution verfahren werden solle.

Das Characteristische dieses außerordentlichen Liquidations-Verfahrens besteht sonach darin, daß dasselbe bei seinem ersten Beginnen schon gleichzeitig die Executions-Instanz eventuel in ventre mit sich führt.

2. Das Hypotheken-Gesetz blieb aber nicht dabei stehen, durch den § 52. bloß ein schleunigeres Verfahren zu dem Ende vorzuzeichnen, um die privilegirten Hypothek-Zinsen schneller der Executions-Instanz zuzuführen.

Dasselbe ging noch einen Schritt weiter, es wollte, weit entfernt, es im Betreffe der Verhandlungen in der Executions-Instanz selbst bei dem bisherigen gewöhnlichen Executions-Verfahren zu belassen, gleichzeitig ein specieles, schleunigeres Executions-Verfahren für die executive Beitreibung privilegirter Hypotheken-Zinse durch den § 52. einführen, was von ihm durch im § 52. über das Liquidations- und Executions-Verfahren cummulativ getroffene Bestimmungen und deren eigenthümliche Verschmelzung bewerkstelliget wurde.

Dieses erhellet aus folgenden Erwägungen:

a) wäre es die Absicht des Hypotheken-Gesetzes gewesen, sich auf die Einführung eines schleunigern Liquidations-Verfahrens zu beschränken, und es im Übrigen auch in Ansehung der bloß allein eingeklagten privilegirten Hypothek-Zinsen bei dem gewöhnlichen Executions-Verfahren zu belassen, so hätte der § 52. seiner Wortfassung nach sich auf die Bestimmungen über das Liquidations-Verfahren beschränken müssen, sohin nicht Bestimmungen beizumischen gehabt, die unstreitig der Executions-Instanz ausschließend angehören.

Für den Zweck eines beabsichtigten schleunigern Liquidations-Verfahrens hätten nämlich schon die drei ersten Bestimmungen des § 52. vollständig hingereicht.

Die vierte Bestimmung dieses §en form.:

„diese — die Execution — kann in keinem Falle durch ein „Rechtsmittel aufgehalten werden,"

wäre zu diesem Zwecke ganz überflüßig.

Da nun von keinem Gesetze angenommen werden darf, daß es etwas Überflüßiges statuirt habe, so muß der allegirten vierten Bestimmung jene Folge und Wirksamkeit gegeben werden, die ihr sowohl nach ihren Bedeutungen an sich, als nach ihrem Zusammenhange mit den übrigen Bestimmungen des § 52. gebührt.

Durch die allegirte Bestimmung wollte nun aber nicht etwa auf das gewöhnliche Executions-Verfahren zurückgewiesen und angedeutet werden, daß gegen eine nach § 52. verfügte Execution ein suspensives Rechtsmittel in dem Maaße nicht statt haben solle, wie solches im § 31. der Proceß-Novelle vorgeschrieben ist, so daß Auspfändung und Immission, nicht aber auch die Feilbietung der Executions-Objecte unaufhaltsam zu vollstrecken wären.

Eine Auffassung der fraglichen Bestimmung in diesem Sinne hat schon das Bedenken wider sich, daß die ganze dießfallsige Bestimmung rein überflüßig wäre.

Wenn nämlich in der unmittelbar vorhergehenden Bestimmung gesagt wird, daß nach fruchtlosem Umfluße des achttägigen Zahlungs-Termines gegen den Schuldner sofort mit der Execution verfahren werden solle, so wäre schon hie-

durch auf das gewöhnliche Executions-Verfahren, wäre dieses beabsichtigt gewesen, folglich auch auf die besondere Bestimmung des § 31. der Proceß-Novelle in Betreff des Suspensiv-Effectes eines eingewendeten ordentlichen Rechtsmittels auf das unzweideutigste zurückgewiesen gewesen und es hätte der unmittelbar darauf folgenden vierten Bestimmung des § 52. nicht weiter bedurft.

Die Auffassung der zuletzt gedachten Bestimmungen in dem angegebenen Sinne hat aber auch den klaren Buchstaben des Gesetzes selbst wider sich. Der § 52. hat nämlich eine in Folge des vorausgegangenen Liquidations-Verfahrens bereits im Laufe begriffene Execution vor Augen, und verordnet hinsichtlich dieser, daß der Lauf der schon begonnenen Execution durch ein Rechtsmittel nicht gehemmt werden soll, indem das Aufhalten einer Execution durch ein Rechts-Mittel, wovon der § 52. spricht, eine schon begonnene Execution im Gegensatze einer bloß erkannten Execution voraussetzt, wie solche der § 31. l. c. zum Gegenstande hat.

Kann nun, wie gezeigt, die fragliche vierte Bestimmung des § 52. nicht als eine Wiederholung einer schon im § 31. der Proceß-Novelle enthaltenen Vorschrift über das Executions-Verfahren angesehen werden, so ist sie nothwendig als eine selbstständige, besondere, und wie unten gezeigt werden wird, vom gewöhnlichen Executions-Verfahren wesentlich abweichende Bestimmung über das Executions-Verfahren zu beurtheilen, welche in Anwendung zu treten hat, wenn es sich davon handelt, daß bloß privilegirte Hypothek-Zinsen in Folge des Verfahrens nach § 52. mittels Execution beigetrieben werden sollen.

Schon diese singuläre, dem Verfahren in der Executions-Instanz selbst angehörige Bestimmung des § 52. liefert für sich den Beweis, daß das Hypotheken-Gesetz sich nicht auf die Einführung eines schleunigeren Liquidations-Verfahrens einschränken, sondern gleichzeitig auch Behufes der schleunigeren Beitreibung privilegirter Hypothek-Zinsen speciele Bestimmungen über das hiebei einzutreten habende Executions-Verfahren getroffen habe.

2. Die fragliche vierte Bestimmung des § 52. darf aber nicht als eine isolirt stehende speciele Bestimmung für das Executions-Verfahren nach § 52. aufgefaßt werden.

Dieses verbietet ihr unzertrennlicher Zusammenhang mit den unmittelbar vorhergehenden drei Bestimmungen des § 52.

Betrachtet man nun letztere an sich, so ist unläugbar, daß sie auf das Executions-Verfahren eben so gut wie auf ein Liquidations-Verfahren, wofür sie principaliter gegeben sind, passen.

Denn die erste Bestimmung des § 52. handelt von einem Zahlungs-Befehle, ähnlich dem des § 30. der Proceß-Novelle.

Auch die zweite Bestimmung des § 52. ist der Executions-Instanz nicht fremd; denn schlägt der Schuldner in der Executions-Instanz vor, daß er die judicatmäßige Foderung nach Maaßgabe des rechtskräftigen Urtheils bereits wirklich gezahlt habe, so wird er mit diesem Einwande nur dann gehört, wenn er durch Urkunden nachzuweisen vermag, dem Judicate bereits Genüge geleistet zu haben.

Insbesondere wird in gleicher Weise der auf Zahlung einer Hypothek-Schuld nach § 62. belangte Hypothek-Schuldner mit dem Einwande, die ausgeklagte Hypothek-Schuld anstatt aus dem Hypotheken-Objecte, vielmehr aus dessen Früchten zahlen zu wollen, dem § 64. des Hypotheken-Gesetzes gemäß in der Executions-Instanz nur dann gehört, wenn er urkundlich nachzuweisen vermag, daß der Ertrag eines Jahres von seinem Gute zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers hinreicht.

Die dritte Bestimmung, daß nach fruchtlosem Umfluße des vorgesetzten Zahlungs-Termines mit der Execution verfahren werden soll, gehört ohnehin schon ihrer Natur nach der Executions-Instanz selbst an.

Bringt man nun mit voranstehenden drei Bestimmungen, welche dem Liquidations-, wie dem Executions-Verfahren gleich angehören, die hiemit in unzertrennlicher Verbindung eben angeführte — der Executions-Instanz ausschließend angehörige vierte Bestimmung in Verbindung, so ist einleuchtend, daß der § 52. schon seiner Wortfassung nach gleichzeitig

Bestimmungen über das Executions-Verfahren selbst mit und neben dem Liquidations-Verfahren getroffen habe.

c) Die vorerwähnten wie gezeigt gleichheitlich dem Executions- wie dem Liquidations-Verfahren angehörigen Bestimmungen des § 52. sind übrigens an sich betrachtet schon ihrer Verfassung nach speciele — vom gewöhnlichen Executions-Verfahren abweichende Bestimmungen.

Dieses beweiset eine Vergleichung derselben mit den Bestimmungen über das gewöhnliche Executions-Verfahren.

Eine solche Abweichung liegt nämlich vor:

a) hinsichtlich des Zahlungs-Termines, innerhalb welchem die Zahlung bei Executions-Vermeidung geleistet werden soll.

Während nämlich dem Schuldner nach § 30. der Proceß-Novelle vom 22. Juli 1819 mit Rücksicht auf die Größe der Foderungen ein 14tägiger bis 8wochentlicher Zahlungs-Termin vorgestreckt wird, beschränkt der § 52. ohne Rücksicht auf die Größe der eingeklagten Zins-Rückstände den Zahlungs-Termin unbedingt auf acht Tage.

b) Hinsichtlich der vom Schuldner in der Executions-Instanz vorzubringenden Einreden:

Der § 29 und 31. der Proceß-Novelle gestattet dem Schuldner innerhalb 14 Tagen von Mittheilung des Zahlungs-Befehles an gerechnet, die vorgeschlagene Executions-Art anzufechten, andere Executions-Objecte in Gegen-Vorschlag zu bringen, auf Nachlässe, Eintheilung in Fristen und Selbst-Verkauf bedeutender unbeweglicher Executions-Objecte anzutragen, und knüpft nirgends die Zuläßigkeit aller dieser Einreden und Anträge an die Vorbindung eines urkundlichen Nachweises.

Im Gegensatze hievon gebietet der § 52., daß der Schuldner mit keiner Einrede gehört werden dürfe, die er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen kann.

c) Hinsichtlich der unaufhaltsamen Vollstreckbarkeit der rechtlich verwirkten Execution.

Der § 31. der Proc.-Nov. gestattet schon einer vom Schuldner eingelegten Appellation gegen das Erkenntniß auf Execution, wodurch die vorzöglicheren Einreden und Anträge des Schuld-

ners verworfen wurden, den Suspensiv-Effect wenigstens in Absicht auf die Feilbietung der beweglichen oder unbeweglichen Executions-Objecte, und versagt ihn nur hinsichtlich der vorläufigen Auspfändung des Schuldners und Immission des Gläubigers in die unbeweglichen Güter des ersteren.

Im Gegensatze hievon gestattet und gebietet der § 52. eines eingewendeten ordentlichen oder außerordentlichen Rechts-Mittels ungeachtet unbedingt die unaufhaltsame Vollstreckung der Execution, ohne zu unterscheiden, ob diese durch Feilbietung des Hypotheken-Objectes selbst, oder nur durch Immission des Gläubigers in die Früchte der hypothecirten Sache vollzogen werden solle.

Hierüber lassen die gewählten Worte des § 52. form.: „die Execution kann in keinem Falle durch ein Rechtsmittel aufgehalten werden," in Rückblick auf die unmittelbar vorhergehende Bestimmung des § 51., der die zuläßigen Executions-Mittel bezeichnet, keinen Zweifel übrig.

Hier wird durch die formalia „in keinem Falle" kein Unterschied gemacht, auf welche Weise, ob durch den Verkauf des Hypotheken-Objectes selbst oder nur durch Immision des Gläubigers die Execution dem § 51. gemäß vollstreckt werden soll; es wird ferner zwischen einem ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel nicht unterschieden.

Es wird vielmehr die unaufhaltsame Vollstreckung der Execution auf die eine oder die andere im § 51. vorgezeichnete Weise irgend eines eingewendeten Rechtsmittels ungeachtet unbedingt geboten.

d) Außer dem bisher behandelten Wortlaute des § 52. sprechen auch die als vorzüglichste Interpretations-Quelle des § 52. entscheidenden ständischen Verhandlungen für die beabsichtete Statuirung eines von dem allgemeinen Executions-Verfahren abweichenden specielen und schleunigern Executions-Verfahrens.

Schon bei der Vorlage des betreffenden Gesetz-Entwurfes erklärte der königl. Commissär Staatsrath von Gönner (Stände-Verhandlungen vom Jahre 1822 Bd. I. pag. 13.) form.:

„bei einem Hypotheken-Institute liegt sehr viel daran, daß „die bedungenen Zinsen richtig bezahlt, und die Gläu„biger in deren Beitreibung gegen processualische Auf„züglichkeiten gesichert werden."

„Hienach bemißt der Capitalist den Credit, viele Gläu„biger bedürfen der Zinsen zu ihrem Unterhalte, und dem „Schuldner selbst ist es besser, wenn keine Zins-Rückstände „anschwellen, die ihn am Ende erdrücken."

„Die Rücksicht auf Erhaltung des Schuldners, die bei „der Execution des Capitals einige Schonung rechtfertiget, „fällt bei den Zinsen hinweg, die aus den Früchten der „Sache bezahlt werden sollen."

Diese Erklärung des königl. Commissärs läßt keinen Zweifel übrig, daß durch den § 52. ein schleunigeres Executions-Verfahren bezielt werden wollte, kraft dessen im Gegensatze des Capitals hinsichtlich dessen es dem § 64. zu Folge bei dem bisherigen Executions-Verfahren belassen wurde, die Zinsen des Hypothek-Capitales ohne Schonung und ohne alle processualischen Weitläufigkeiten vom Schuldner executorisch beigetrieben werden sollen.

Wenn übrigens hiebei angeführt wird, daß die Zinse aus den Früchten des Hypotheken-Objectes bezahlt werden sollen, so geschah dieses und konnte nicht in der Absicht geschehen, den Hypothek-Gläubiger bezüglich der executorischen Beitreibung der privilegirten Zinsen auf die Früchte der hypothecirten Sache zu beschränken, indem dieses der klaren Bestimmung des § 51. zuwiderliefe. Es wollten vielmehr hier nur die Früchte der hypothecirten Sache als ein zur Befriedigung der Zinsen vorzugsweise geeignetes Executions-Object angedeutet werden, zumal dem Schuldner, im Falle er principaliter am Hypothek-Objecte selbst angegriffen wird, durch den § 64. des Hypotheken-Gesetzes selbst unter gewissen Voraussetzungen gestattet ist, den Gläubiger der Befriedigung halber auf die Früchte der hypothecirten Sache principaliter anweisen zu dürfen. Übereinstimmend mit dem königl. Commissär wurde auch von den Abgevrdneten der II. Kammer der Stände-Versammlung der § 52. vorzugsweise

aus dem Standpuncte einer verbesserten strengeren Executions-Ordnung aufgefaßt, wodurch insbesondere allen Proceß-Chikannen, allen Aufzüglichkeiten durch Appellationen, durch Moratorien, Fristen-Gesuche u. dgl. ein für allemal ein Ziel gesetzt werden sollte.

Dieses beweisen die Berathungen in der II. Kammer der Abgeordneten über § 52. Stände-Verh. B. II. pag. 139 — 141. pag. 385. B. IV. pag. 45. 198. 275.

c) Auch dem Zwecke des Hypotheken-Gesetzes der auf Belebung und Befestigung des gesunkenen Privat-Credits abzielt, entspricht es vollkommen, den § 52. im Einklange mit seinem Wortlaute und den erläuternden ständischen Verhandlungen nicht bloß aus dem einseitigen Standpuncte eines schleunigern Liquidations-Verfahrens, sondern vielmehr gleichzeitig und vorzugsweise aus dem Standpuncte eines daselbst statuirten strengern Executions-Verfahrens aufzufassen.

Denn nur durch pünctliche Zins-Zahlung von Seite des Schuldners und die dießfallsige Sicherung des Gläubigers mittels einer alle processualischen Weitläufigkeiten abschneidenden prompten Execution kann der obgedachte Zweck der Natur der Sache nach mit Sicherheit erreicht werden.

Zu diesem Behufe wäre ein blosses schleuniges Liquidations-Verfahren offenbar nur eine halbe Maaßregel, welche von einer weisen Gesetzgebung niemals präsumirt werden darf.

d) Vom gleichen Standpuncte aus wurde der § 52. sowohl vom Staatsrathe v. Gönner in seinem Commentar zum Hypotheken-Gesetze S. 434, als auch vom Staats-Ministerium der Justiz selbst im Rescripte vom 16. August 1835 aufgefaßt.

3. Steht nun durch vorstehende Gründe in ihrer Vereinigung fest, daß der § 52. neben einem eigenthümlichen schleunigern Liquidations-Verfahren auch ein von dem frühern allgemeinen abweichendes, strengeres Executions-Verfahren angeordnet habe, so ergibt sich hieraus die Folge, daß nach dem Rechtssatze: „Lex posterior specialis derogat anteriori generali,“ das früher allgemeine Executions-Verfahren

überhaupt, und insondere in seinen vom § 52. des Hypotheken-Gesetzes abweichenden Bestimmungen als aufgehoben zu betrachten sey.

Außerdem liegen aber auch noch Belege hiefür im § 52. selbst. Diese sind:

a) Das Schweigen des § 52. über die Anwendbarkeit der ältern Executions-Vorschriften in dem Falle, wenn die Klage bloß privilegirte Hypothek-Zinse zum Gegenstande hat.

Die Klage der letztern Art, welche nämlich auf Erholung privilegirter Hypothek-Zinse eingeschränkt ist, wird im Hypotheken-Gesetze mit jener Klage, welche das Hypotheken-Capital selbst oder nicht privilegirte Zinsen, oder beides, und zwar alles dieses mit oder ohne privilegirte Zinsen zum Gegenstande hat, im Gegensatze gestellt, indem diese beiden Fälle in gesonderten §§, ersterer im § 52, letzterer im § 64. behandelt sind.

Nur mit § 64. werden die ältern Executions-Vorschriften fortan als anwendbar erklärt, indem dießfalls ausdrücklich auf die Gerichts-Ordnung und Proceß-Novelle Bezug genommen ist.

Im § 52. findet sich dagegen eine solche Hinweisung nicht vor.

Hiedurch wurde factisch an den Tag gelegt, daß die ältern Executions-Bestimmungen hier keine Anwendung finden sollen.

b) Die Schluß-Bestimmung des § 52., wo es heißt: formalia „hinsichtlich älterer Zins-Rückstände bleibt es bei den Vorschriften der Proceß-Ordnung."

Durch diese Schluß-Bestimmung sind die Vorschriften über das Verfahren in Betreff der privilegirten Hyp.-Zinsen mit den Vorschriften hinsichtlich der nicht privilegirten Hyp.-Zinsen in ausdrücklichem Gegensatze gestellt. Nur hinsichtlich der letztern wurde es bei den Vorschriften der Proceß-Ordnung ausdrücklich belassen. Als Gegensatz hievon ergibt sich unverkennbar die Absicht des Gesetzes, daß die oben erwähnten Vorschriften auf die privilegirten Hypothek-Zinsen keine Anwendung finden sollen.

Endlich findet die durch den § 52. geschehene Derogation der in der Gerichts-Ordnung und der Proceß-Novelle enthaltenen Vorschriften über das Executions-Verfahren auch darin eine besondere Bestättigung, daß nirgends ein Bedürfniß vorhanden ist, beim Executions-Verfahren nach § 52. auch noch die ältern Executions-Vorschriften zu Hülfe zu nehmen, so weit nicht das Hypotheken-Gesetz selbst ausdrücklich hierauf verweist: denn bringt man mit den Bestimmungen des § 52. die mit demselben im nächsten und unzertrennlichen Zusammenhange stehenden Bestimmungen der § 51 u. 64. in Verbindung, so liegt ein vollständiges — in sich abgeschlossenes Executions-Verfahren für die Beitreibung privilegirter Hypothek-Zinsen vor.

Der § 52. behandelt nämlich das ganze Verfahren in der Executions-Instanz vom Zahlungs-Befehle an bis zur wirklichen Vollstreckung der wirklichen Execution.

Der § 51. bestimmt die Art und Reihenfolge der Executions-Mittel und zwar dahin, daß sowohl das Hypotheken-Object selbst, als auch die Früchte der hypothecirten Sache Gegenstand der Hülfsvollstreckung seyen, woran sich gemäß den § 49 u. 50. des Hypotheken-Gesetzes, verglichen mit § 20. der Prioritäts-Ordnung die Execution an das übrige bewegliche und unbewegliche Vermögen des Schuldners subsidiarisch anreiht, vorausgesetzt, daß dieser für die eingeklagte Hypothek-Foderung persönlich verhaftet ist.

Für den ordo exequendi entscheidet hinsichtlich der beiden erstern dem Gläubiger principaliter haftbaren Executionsmittel dem § 51. zu Folge ausschließend die Wahl des Gläubigers.

Über die Weise endlich, wie die Immission des Hypothek-Gläubigers in die Früchte der hypothecirten Sache zu geschehen habe, dann die Feilbietung und der Hinschlag des Executions-Objectes zu realisiren sey, gibt § 51 und 64. klares Ziel und Maaß.

4. In Folge der vorstehend nachgewiesenen Nichtanwendbarkeit der ältern Executions-Vorschriften auf das Verfahren in executiver Beitreibung privilegirter Hypothek-Zinsen sind

alle dem Schuldner durch den § 31 u. 32. der Proceß-Novelle in der Executions-Instanz zugestandenen Einreden und Anträge der Regel nach ausgeschlossen.

Nur ausnahmsweise können einzelne derselben als nach § 52. zuläßig erachtet werden, wenn sie sich unter die dem Hypothek-Schuldner offen gelassenen urkundlich nachzuweisenden Einreden subsumiren lassen.

Dieses ist aber nur hinsichtlich der dem Schuldner durch § 31. der Proceß-Novelle zugestandenen Einrede gegen die vom Gläubiger vorgeschlagene Executions-Art, verbunden mit dem Gegenvorschlage eines andern gleichtauglichen paraten Executions-Objectes, keineswegs aber hinsichtlich aller übrigen l. c. angeführten auf blossen Aufschub der Execution abzielenden verzögerlichen Einreden und Anträge der Fall.

Nur hinsichtlich der zuerst gedachten Einrede, nicht aber auch rücksichtlich der letztern läßt sich nämlich ein urkundlicher Nachweis derselben als möglich denken, worüber das Hypotheken-Gesetz selbst im § 64. die Andeutung gibt, wo es vom urkundlichen Nachweise des als Gegenexecutions-Object in Vorschlag gebrachten freien Jahres-Ertrages eines Gutes als eines in der Executions-Instanz zuläßigen Befriedigungs-Mittels des Hypotheken-Gläubigers spricht.

Nur ein vom Hypothek-Schuldner zu liefernder urkundlicher Nachweis darüber, daß er zwar auf eine oder andere als die vom Gläubiger verlangte, jedoch eben so parate Art den gefoderten Zins-Rückstand zu zahlen vermöge, entspricht den energischen Bestimmungen des § 52. über die möglichst schleunige executive Beitreibung privilegirter Hypothek-Zinsen.

Alle übrigen bloß verzögerlichen Einreden und Anträge des Schuldners und unter diesen namentlich das Verlangen des Selbst-Verkaufes binnen 3 bis 6 Monaten sind schon in Folge der Wortfassung des § 52. darum ausgeschlossen, weil sich bei ihnen ein urkundlicher Nachweis der Natur der Sache nach gar nicht denken läßt; ihre Zulassung widerstreitet überdieß dem durch § 52. gebotenen straken Lauf der Execution, mittelst welchen die privilegirten Hypothek-Zinsen so schnell als möglich beigetrieben werden sollen, womit der

einen 3 bis 6 monatlichen Aufschub der Execution bezielende Selbst-Verkauf des Schuldners gleich den übrigen auf Schonung des Schuldners berechneten verzögerlichen Einreden schlechterdings unvereinbarlich ist.

Die Zulässigkeit des Selbst-Verkaufes unbeweglicher hypothecirter Güter, deren Hochgültigkeit durch Notorietät oder Schätzung selbst als vollständig erwiesen vorausgesetzt, läßt sich auch nicht mit der Behauptung vertheidigen, daß derselbe als eine exceptio juris und als solche keines Beweises bedürftig, unter die durch § 52. zugelassenen urkundlich nachzuweisenden Einreden zu rechnen sey.

Dieser Behauptung steht der klare Buchstabe des Gesetzes entgegen, welcher verordnet form.: der Schuldner darf mit keiner Einrede gehört werden, welche er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen kann.

Durch dieses energische mit den klarsten Worten abgefaßte Gebot des Gesetzes, welches alle Einreden mit alleiniger Ausnahme derjenigen, die durch Urkunden auf der Stelle nachgewiesen werden können, zuzulassen verbietet, sind alle exceptiones juris und hiemit auch der im § 31 u. 32. der Proceß-Novelle gegründete Selbst-Verkauf des Schuldners von selbst ausgeschlossen. Die strake Vollstreckung der Execution nach § 52. durch unaufhaltsame Feilbietung und Hinschlag des Hypotheken-Objectes selbst ohne Rücksicht auf dessen größern oder geringern Werth, und der so fortige Ausschluß des Selbst-Verkaufes, so wie aller übrigen dem Schuldner bei dem gewöhnlichen Executions-Verfahren zu statten kommenden verzögerlichen Einreden und Anträge verdient auch keineswegs den Vorwurf ungebührlicher Härte; noch weniger aber kann man behaupten, daß auf solche Weise der Schuldner der willkührlichen Bedrückung von Seite des Gläubigers und Richters preisgegeben, in der That rechtlos gestellt und so in unwiderbringlichen Schaden gebracht werde; denn auf der einen Seite unterwirft sich derjenige Schuldner, der eine verzinsliche Hypothek-Schuld contrahirt hat, eben hiedurch freiwillig dem für die executive Beitreibung privilegirter Hypothek-Zinse gesetzlich vorgezeich-

neten strengeren Executions-Verfahren und kann sich sohin über ungebührliche Härte nicht beschweren.

Auch muß jedenfalls die allenfalls verdiente billige Rücksicht auf sein Privatwohl dem die allgemeine Aufrechthaltung des Privat-Credits vor Augen habenden öffentlichen Wohle, welches die höchste Strenge in der executiven Beitreibung privilegirter Zinsen gebietet, weichen.

Auf der andern Seite ist der Schuldner in dem Anbetrachte, daß selbst das schleunigste und strengste Executions-Verfahren immerhin ein gesetzliches seyn muß und nie ein tumultuarisches seyn darf, gegen alle Schäden, die ihm aus einem vom Gläubiger allenfalls ohne Grund oder den Vorschriften der §§ 51, 52 u. 64. entgegen impetrirten oder vom Richter in Vollzug gesetzten Executions-Verfahren allenfalls zugehen, durch den im § 52. enthaltenen Vorbehalt der weiteren Rechts-Verfolgung nach geleisteter Zahlung hinlänglich gesichert.

Der ganzen bisherigen Erörterung gemäß stellt sich der Antrag der Appellantin auf Gestattung eines sechsmonatlichen Termines zum Selbst-Verkaufe, als nach § 52. unzuläßig, und die gegen die erstrichterlich ausgesprochene Verwerfung dieses Antrages erhobene Beschwerde als unbegründet dar.

Es ist hienach nicht nothwendig, noch in eine Untersuchung der weitern Frage einzugehen: ob die Behausung der Appellantin zu jenen hochgültigen Gütern zu rechnen sey, hinsichtlich welcher durch die Proceß-Novelle § 31. und 32. der Selbst-Verkauf des Schuldners als zuläßig erklärt ist? sondern es muß vielmehr der Beschluß des königl. Kreis- und Stadtgerichts M. vom 7. August v. J. aus den oben angeführten Gründen lediglich bestättiget werden.

Eine weitere Beschwerde der Appellantin besteht darin, daß durch Gerichts-Beschluß vom 11. und 18. Sept. v. J. die Feilbietung ihrer gedachten Behausung verfügt und vollzogen, und durch weiteren Gerichts-Beschluß vom 16. Oct. v. J. auch der Hinschlag derselben an den Großhändler M. um das von diesem gelegte Angebot zu 12,700 fl. ausgesprochen wurde, ohne sie vorher über die zu den Acten gebrachte

Schätzung ihrer Behausung pr. 12,600 fl. zu hören. Zugleich bemängelt sie die fragliche Schätzung um deßwillen, weil solche von den in turno stehenden verpflichteten Schätzleuten nicht in Gegenwart des Gerichtes abgegeben wurde.

Diese Bemänglung ist indessen völlig grundlos, weil im § 64. des Hypotheken-Gesetzes nicht vorgeschrieben ist, daß in allen Fällen die Schätzung gerichtlich erhoben werde, diese vielmehr erst dann nothwendig ist, wenn die Betheiligten sich über den Schätzungs-Preis nicht vereinigen können.

Hiefür spricht nicht nur der Wortlaut des § 64., welcher nur nach Umständen die Herstellung einer gerichtlichen Schätzung gebietet, sondern auch die erläuternden ständischen Verhandlungen über diesen Punct, womit auch der v. Gönners Commentar pag. 525. übereinstimmt.

Gegründet ist dagegen die Beschwerde darüber, daß sie von der gerichtlichen Feilbietung und den Hinschlag ihrer Behausung über die zu den Acten gebrachte — von den Schätzleuten übergebene Schätzung pr. 12,600 fl. nicht gehört wurde.

Hierin liegt eine wesentliche Verletzung der für das Executions-Verfahren nach § 64. vorgeschriebenen Förmlichkeiten, zu denen unter andern namentlich gehört, daß zur Feststellung des Schätzungs-Preises vor der Feilbietung und dem Hinschlage des Hypotheken-Objectes, sowohl der Schuldner, als der Hypothek-Gläubiger beigezogen und resp. über den Schätzungs-Preis vorher vernommen werden müsse.

Dieses ergibt sich schon aus dem Wortlaute des § 64.: denn dieser knüpft den Hinschlag des Hypotheken-Objectes sowohl bei der ersten als zweiten Versteigerung an die Vorbedingung, daß der Schätzungs-Preis erreicht wird, und verordnet hinsichtlich des letztern, daß er vorher und zwar nach Umständen sogar gerichtlich herzustellen sey.

Der § 64. räumt ferner sowohl dem Schuldner als dem Hypothek-Gläubiger die außerdem ausgeschlossene Befugniß ein, eine zweite und selbst eine dritte Versteigerung in dem Falle zu verlangen, wenn der Schätzungs-Preis nicht erreicht wird.

Die Möglichkeit, von dieser Befugniß Gebrauch machen zu können, ist nun der Natur der Sache nach nothwendig dadurch bedingt, daß Schuldner und Gläubiger vom Schätzungs-Preise vorher, d. i. vor der Feilbietung in Kenntniß gesetzt worden sind.

Ihre Betheiligung bei der vorgängigen Feststellung der Schätzung liegt auf offener Hand, weil der vorgeschriebenermassen vor der Feilbietung und dem Hinschlage festzustellende Schätzungs-Preis die Grundlage für den Hinschlag bei der ersten und zweiten Versteigerung bildet, und das Widerspruchs-Recht der Gläubiger und Schuldner gegen den Hinschlag bedingt.

Die Betheiligung des Gläubigers hiebei besteht darin, daß er durch die erhaltene Kenntniß vom Schätzungs-Preise in den Stand gesetzt wird, zu bemessen, ob und in wie ferne derselbe zur Deckung seiner Foderung hinreicht, oder sein selbstiges Erscheinen bei der Steigerungs-Tagsfahrt als allenfallsigen Käufer nothwendig macht, um sich gegen Verlust zu sichern.

Die Betheiligung des Schuldners hiebei besteht darin, daß er durch die erhaltene Kenntniß vom Schätzungs-Preise in den Stand gesetzt wird, zu verhüten, daß das Hypothek-Object nicht zu seinem Schaden unter dem wahren Werthe, dessen näherer Nachweis der durch Sachverständige erhobenen Schätzung gegenüber ihm nicht abgeschnitten werden darf, hingeschlagen werde.

Über die absolute Nothwendigkeit, den Hypothek-Gläubiger sowohl, als Schuldner über die Schätzung des Hypothek-Objectes vor dessen wirklicher Feilbietung zu vernehmen, hat sich auch der v. Gönner'sche Commentar zum § 64. des Hypotheken-Gesetzes pag. 525. auf das Bestimmteste ausgesprochen.

Diese Nothwendigkeit wird auch nicht durch die Erwägung ausgeschlossen, daß der Richter in der Executions-Instanz von Amtswegen zu verfahren hat; denn in seiner Befugniß und Verpflichtung von Amtswegen zu verfahren, liegt noch keineswegs die Ermächtigung, d. i. ohne die Bethei-

ligten zu Verhandlungen, wobei sie, wie bei der Schätzung auf das Wesentlichste betheiligt sind, zu adcitiren, zu verfahren.

In der unterlassenen Einvernehmung der Appellantin über die zu den Acten gebrachte bloß von Amtswegen durch zwei verpflichtete Schätzer erholte Schätzung liegt daher eine wirkliche Kränkung der Rechte der Appellantin, und eine Verletzung der über den modus executionis bei Feilbietung von Hypotheken-Objecten durch den § 64. vorgeschriebenen Förmlichkeiten, welche unter allen Umständen, auch beim § 52. streng eingehalten werden müssen, indem sich dieser bezüglich der Executions-Mittel auf den § 51. und dieser wieder, so viel die Art und Weise der Feilbietung des Executions-Objectes angeht, auf § 64. bezieht.

Die nothwendige Folge hievon ist, daß die durch Beschluß vom 14. und 18. Sept. v. J. verfügte Feilbietung, so wie der durch Beschluß vom 16. Octob. v. J. ausgesprochene Hinschlag als einer gesetzlichen Grundlage entbehrend als zu voreilig erlassen aufgehoben und die im Urtheilssatze sub Nr. 3. enthaltene Ordination an das Gericht I. Instanz erlassen werden mußte. —

Den 12. August 1836.

Königliches Appellationsgericht für den ***Kreis.

5.

Über Adjudication nach § 64. des Hypotheken-Gesetzes.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Wer die Mittel zur Befriedigung der wegzuzahlenden Gläubiger innerhalb des achttägigen

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***Kreis in dem Debitwesen des Anton B. v. M., jetzt Adjudication des Hauses betreffend, zu Recht:

es sey der Adjudications-Bescheid des kön. Kreis- und Stadtgerichts M. vom 21. Juni 1833 aufzuheben, und dem gedachten Gerichte aufzutragen, auf den Antrag des einen oder andern Betheiligten bei dieser Debitsache weiters rechtlicher Ordnung nach zu verfügen, oder zu erkennen.

Einlösungs-Termines nicht nachweist, verliert d. Anspruch a. Adjudication.

Gründe.

1. Die dritte Versteigerung des Anton B.'schen Hauses d. d. 1. März 1833 ist dadurch, daß dem Holzhändler Jos. B. als Cessionar des Hypotheken-Gläubigers D., im Betrage zu 350 fl. der dritte Steigerungs-Termin nicht sogleich und vor Abhaltung der Licitations-Tagsfahrt bekannt gemacht wurde, keineswegs nichtig, theils weil B. der hiebei allein Betheiligte war, auf die ihm aus dieser Unterlassung gesetzlich erwachsenen Rechte verzichtet hat, was er thun konnte, weil das Hypotheken-Gesetz § 64. Abs. 2. die unterlassene Bekanntmachung des dritten Steigerungs-Termines an einen Hypothek-Gläubiger, mit einer Kraft des Gesetzes eintretenden Nichtigkeit der Licitations-Verhandlung nicht bedrohet hat, und daher der Mangel durch den Verzicht des betheiligten Gläubigers geheilt werden kann, theils weil der Zweck der Bekanntmachung des dritten Versteigerungs-Termines an die Hypothek-Gläubiger nicht darauf berechnet ist, daß diese am Steigerungs-Termine selbst Vernehmlassungen abgeben sollen, sondern lediglich dahin gehet, daß ein bestimmter Zeitpunct feststeht, von welchem an die achttägige Frist zur Erklärung über das Einlösungs-Recht zu laufen anfangt.

v. Gönner's Commentar zum Hypotheken-Gesetze § 64. Nr. 2. in fine und die Note *.

B. konnte nie mehr verlangen, als daß ihm, der von der dritten Versteigerung nicht vor dem Steigerungs-Termine in Kenntniß gesetzt wurde, die Frist zu obiger Erklärung nicht von der Versteigerungs-Tagsfahrt, sondern erst von dem Zeitpuncte an, wo er von der geschehenen dritten Versteigerung legale Nachricht erhalten hatte, berechnet werde.

Die Nichtbekanntmachung des dritten Versteigerungs-Termines an den Holzhändler B. ist daher kein hinreichender Grund zur Aufhebung des Adjudications-Bescheides des königl. Kreis- und Stadtgerichts M. vom 21. Juni 1833, sondern selbe erscheint vielmehr hinsichtlich des Appellanten D. als eine Exceptio de jure tertii, welche von ihm nicht geltend gemacht werden kann, da er selbst von dem dritten Steigerungs-Termine rechtzeitig in Kenntniß gesetzt wurde, und bei der Licitations-Tagsfahrt erschienen ist.

2. Eben so wenig kann der Adjudications-Bescheid dadurch von dem Appellanten angefochten werden, daß Franz W., welcher das Einlösungs-Recht geltend gemacht, hiebei erklärt hat, daß er an die Einlösung nicht mehr gebunden seyn wolle, wenn wegen nicht geschehener Vorladung des Holzhändlers B. eine nochmalige Versteigerung des Anwesens beschlossen und verfügt werden würde, weil Franz W. diesen Vorbehalt des Rücktrittes von der Einlösung immer zu seinem eigenen Vortheile gemacht hat, und daher hierauf um so mehr verzichten konnte, als aus den Acten nirgends hervorgehet, daß die Hypothek-Gläubiger von dem Vorbehalte Kenntniß erlangt und denselben acceptirt haben.

3. Dessenohngeachtet kann dem Franz W. das durch Einlösung in Anspruch genommene B.'sche Haus nicht adjudicirt werden, weil er nicht alle im Hypotheken-Gesetze § 64. Abs. 2. vorgeschriebenen Bedingungen erfüllet hat, und daher des Einlösungs-Rechtes verlustig geworden ist.

Der angezogene Paragraph Abs. 2. verordnet nämlich, daß der Hypothek-Gläubiger, welcher das versteigerte Gut um das geschehene Meistgebot hingeschlagen haben will, hierüber innerhalb 8 Tagen, von dem Tage der Versteigerung an gerechnet, bei Verlust des Rechts vor Gericht sich nicht nur erklären, sondern auch die Mittel zur Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger nachweisen muß. Franz W. hat nun zwar am 6. April 1833 sich zur Einlösung des B.'schen Hauses um das geschlagene Meistgebot pr. 4000 fl. bereit erklärt, und um Hinschlagung des Hauses um diesen Preis gebeten; er hat aber die Mittel zur Befriedigung der ihm

vorgehenden Gläubiger weder an diesem Tage, noch später, bis zum Ablaufe des achttägigen Erklärungs-Termines nachgewiesen, und sich daher, weil der fragliche Termin ipso jure peremtorisch und praeclusive ist, des Einlösungs-Rechtes verlustig gemacht, wovon die nothwendige Folge ist, daß ihm das B.'sche Haus aus dem Titel des Einlösungs-Rechtes nicht adjudicirt werden kann. Da nun dafür ein erstrichterlicher Bescheid vom 21. Juni 1833 dennoch geschehen ist, und Appellant D. in seiner Berufung vom 27. Juli 1833 die Präclusion des Fr. W. mit dem Einlösungs-Rechte wegen Nichtnachweis der Befriedigungs-Mittel innerhalb des achttägigen Erklärungs-Termines geltend gemacht, und auf Aufhebung des Adjudications-Bescheides I^mae angetragen hat, von Seite des Appellanten D. auch kein Verzicht auf diese Präclusion in den Acten liegt, weil von dem Zeitpuncte der von dem Franz W. gemachten Erklärung über die Einlösung des Gant-Gutes um das Meistgebot bis zum Adjudications-Bescheide keine Gelegenheit, und daher auch keine Verpflichtung für den Appellanten gegeben war, die Präclusion des Lorenz W. in Anregung zu bringen, und auf ipso jure präclusiven Termin der Richter auch schon ex officio Rücksicht zu nehmen hat, so mußte der Adjudications-Bescheid erster Instanz d. d. 21. Juni 1833 aufgehoben und dem Kreis- und Stadtgerichte M. aufgetragen werden, auf den Antrag des einen oder andern bei diesem Debitwesen Betheiligten das Weitere rechtlich zu verfügen oder zu erkennen.

Am 28. December 1833.

6.

Über Rückfall.

Das Königl. Landgericht St.

Erkennt in Streit-Sachen des Andreas B. zu A. et 5 Conf. gegen Anna Maria B., Bauers-Wittwe zu H., wegen Rückfalles auf

Ob eine Rückfalls-Bestimmung ohne Einwilli-

gung der damit Bedachten — einseitig — wieder aufgehoben werden könne, und zwar gerichtlich, oder auch außergerichtlich?

erstatteten Vortrag und collegiale Berathung zu Recht:

1. Die Kläger Andr. B. et 5 Conl. haben sich binnen 30 Tagen peremtorischer Frist als nächste Intestat-Erben des verstorbenen Seb. B. von H. zur Sache zu legitimiren.

In eventum

2. habe die beklagte Anna Maria B. binnen derselben peremtorischen Frist zu erproben: „daß sie durch eine von ihrem Ehemanne Sebastian B. getroffene rechtsgültige Verfügung von der Verbindlichkeit zur Herauszahlung des im Heuraths-Briefe pactirten Rückfalls-Gutes pr. 666 fl. 40 kr. befreit worden sey.

3. Suspensis interim expensis.

Entscheidungs-Gründe.

Ad 1. In dem gerichtlichen Heuraths-Briefe vom 31. October 1807 zwischen Sebastian B. und seiner angehenden Ehefrau Anna Maria, gebornen L., wurde für den Fall des kinderlosen Absterbens von Seite des überlebenden Ehetheiles die Hinauszahlung eines Rückfalles bedungen, und zwar, wenn der Todfall sich zuerst bei dem Ehemanne ereignete, habe dessen Ehefrau 666 fl. 40 kr. zu bezahlen.

Dieser Todfall ist nun eingetreten, und deßhalb treten die nächsten Intestat-Erben des Sebastian B. mit 5 Consorten unterm 27. Nov. praes. 5. Dec. v. J. klagend gegen die Wittwe Anna Maria B. auf, indem sie den pactirten Rückfall pr. 666 fl. 40 kr. von ihr verlangen.

Die Beklagte opponirte vor Allem die Exceptio deficientis legitimationis ad causam, und zwar aus zweierlei Gründen:

a) weil in dem allegirten Heuraths-Briefe gar nicht ausgedrückt stehe, an wen der Rückfall hinauszuzahlen komme,

b) weil, wenn auch per inconcessum dargethan wäre, daß die nächsten Intestat-Erben als die Berechtigten anzusehen seyen, dennoch die Ausweisung mangle, daß die Kläger diese nächsten Erben sind.

Die Einwendung ad a. zerfällt durch die rechtliche Erwägung in ihr Nichts, daß schon aus dem Begriffe des Rückfalles die Person des Berechtigten erhelle. Der Rückfall ist seiner Wesenheit nach nichts anderes, als ein Vermögens-Theil, der vom Rücklasse eines Verstorbenen dessen nächsten Erben und Verwandten durch irgend eine Disposition zufällt, während über die anderen Vermögens-Theile besondere Verfügung getroffen wird.

Der Rückfall ist einiger Ersatz für das Wegfallen der Intestat-Erbfolge, wird meistens unter Eheleuten pactirt, und entspricht seiner Größe nach in der Regel dem dritten Theile des Eingebrachten. Im concreten Falle betrug das Heurath-Gut der Ehefrau 3000 fl., mithin ward für ihren Todfall der Rückfall auf 1000 fl. bestimmt.

Das Vermögen des Mannes taxirte sich wahrscheinlich nach den Inventarien oder sonstigen Recherchen auf 2000 fl., daher sich die Rückfalls-Summe auf 666 fl. 40 kr. berechnete.

Selbst die Bedingung des kinderlosen Absterbens führt auf die weitere Schluß-Folge, daß nunmehr die den Kindern zunächst folgenden Interessenten zum Zuge kommen. Das Vermögen fällt auf die Familie zurück, von der es ursprünglich herrührt, daher der Name Rückfall. — Wollte man auch auf diese Begriffs-Entwicklung nicht achten, so wird jeder Zweifel durch das unfürdenkliche Gerichts-Herkommen beseitiget, dem gemäß unter die Rückfalls-Berechtigten auch ohne ausdrückliche Erklärung nur die nächsten Intestat-Erben des Verstorbenen gezählt werden.

Nach solcher Voraussetzung bedarf es keiner Beweis-Auflage, daß Andrä B. und seine 5 Consorten die wahren Kläger seyen, wenn sie sich als die Intestat-Erben des verstorbenen Sebastian B. ausweisen können. Dieser Umstand dagegen

ad b. daß sie die Intestat-Erben wirklich sind, eignet sich bei vorliegendem Widerspruche des Gegentheiles zur Beweis-Auflage.

Ad 2. In der Hauptsache wendete die Anna Maria B. ein, daß Sebastian B. noch auf seinem Sterbebette diese

Rückfalls-Bestimmung zu ihren Gunsten widerrufen habe, wodurch sie von der Verbindlichkeit, 666 fl. 40 kr. zu bezahlen, befreit worden sey. Die Kläger widersprechen replicando, a) daß eine solche Widerrufs-Erklärung geschehen sey, und b) wenn sie auch wirklich geschehen seyn sollte, daß sie rechtsgültige Kraft habe.

Der erste Punct ad 2. eignet sich für die Beklagte, weil sie eine wahre Exception vorbrachte, zur selbstständigen Beweis-Auflage, und zwar dahin, daß sie durch eine Erklärung ihres Ehemannes von Hinauszahlung des fraglichen Rückfalles befreit worden sey. Allein ehe diese Beweis-Auflage geschieht, muß vorerst

ad b) geprüft werden, ob der Beweis auch relevant sey; denn wenn die Behauptung der Kläger richtig wäre, daß eine Widerrufs-Erklärung rechtsgültig nicht mehr geschehen könnte, so würde die Beweis-Lieferung für die Beklagte dennoch fruchtlos seyn.

Kläger behaupten, der Heuraths-Vertrag vom 31. Oct. 1807 sey ein Actus inter vivos, von welchen die Rückfalls-Bestimmung sub Nr. 3. einen integrirenden Theil bilde.

Der Vertrag und dessen einzelne Bestimmungen können demnach einseitig nicht mehr abgeändert werden, sondern es gehöre hiezu die beiderseitige Einwilligung der Interessenten, die Auflösung des Vertrages müsse auf dieselbe Art geschehen, wie die Eingehung desselben nach cod. civ. P. II. cap. 15. § 11. mithin hätte ein obrigkeitliches Instrument hiezu gehört. Die Unwiderruflichkeit sey schon durch die gegenseitige Acceptation der Ehegatten gegeben; wollte man aber auch die Acceptation der eingesetzten Verwandten als nothwendig erachten, so wäre sie auch vorhanden; denn es waren laut Unterschrift des Heuraths-Briefes Paul H. und Peter B. zugegen, Ersterer als Vormünder der minderjährigen L.'schen Kinder, Letzterer als Ehemann einer Erbin; durch ihre Gegenwart hätten sie stillschweigend das Rückfalls-Geschenk acceptirt. Cod. civ. P. III. cap. 8. § 6. Nr. 5.,

und durch ihre Correalität erstreckte sich die Wirkung der Acceptation auch auf die abwesenden Erben. Cod. civ. P. IV. cap. 1. § 21. Nr. 3 et 4.

Ferner wird erinnert, daß die angebliche Widerrufs-Erklärung, sie möge in der Form eines Testamentes oder Codicils geschehen seyn, in jeder Rücksicht mangelhaft und rechtsungültig wäre, da es an den gesetzlichen Requisiten gebreche.

Dagegen behauptet nun die Beklagte, die Rückfalls-Bestimmung sey ein Actus mortis causa in Beziehung auf die Kläger, und könne sohin nach cod. civ. P. III. cap. 6. § 17. per ademtionem entkräftet werden.

Wollte man sie aber auch als einen Actum inter vivos anerkennen, so konnte dennoch die Widerruflichkeit eintreten, weil sie von den Erben nicht acceptirt worden. Der Widerruf selbst sey übrigens in rechtsgültiger Form geschehen.

Richterlicherseits muß diese letztere Ansicht als die richtigere anerkannt werden, daß nämlich die fragliche Rückfalls-Bestimmung zwar per actum inter vivos geschah, daß aber wegen Mangels der Acceptation von Seite der Interessenten der Widerruf des Schenkgebers statt hatte. Cod. civ. P. III. cap. 8. § 6. Nr. 6 et 7.

Es wurde von den Klägern selbst nicht behauptet, daß nur ein einziges Mitglied von ihnen bei dem Vertrage vom 31. Oct. 1807 zugegen war; sie suchen sich nur dadurch zu helfen, daß sie von dem Paul H. als Vormünder und dem Pet. B. als Ehemanne einer Erbin repräsentirt worden wären.

Allein weder der Inhalt des Briefes spricht diese Repräsentation aus, noch die Unterschrift; im Gegentheile enthält letztere den ausdrücklichen Beisatz, daß sie nur als Heurath's-Zeugen zugegen waren, und selbst wenn man annehmen wollte, daß sie repraesentationis causa anwesend waren, so hätte die Ratification der Repräsentirten nachfolgen müssen. (l. c.)

Von einer Correalitas credendi kann keine Sprache seyn, da jeder Erbe für seine Erbs-Portion ein abgesondertes Interesse hat, und weder solidarische Haftungen, noch

Foderungs-Rechte ihrerseits vorliegen, l. c. P. II. cap. 1. § 21., worin die Wesenheit der Correalität besteht; auf jeden Fall würde sie im Zweifel nicht gemuthmaßt. L. c. Nr. 6.

Diesemnach konnte Sebastian B. hinsichtlich seiner Erben den Rückfall einseitig zurücknehmen, und es kommt nur noch darauf an, ob und auf welche Weise die Zurücknahme geschehen sey.

Daß die Zurücknahme nicht gerichtlich vor sich ging, gesteht die Beklagte zwar selbst zu, daraus kann aber noch nicht auf die Rechts-Ungültigkeit der Widerrufs-Erklärung geschlossen werden.

Die von den Klägern allegirte Gesetzes-Stelle cod. civ. P. II. cap. 15. § 11. schlägt hier nicht an. Es heißt daselbst nicht, daß das, was durch obrigkeitlichen Vertrag oder durch irgend eine andere Form eingegangen ist, auch nur durch einen obrigkeitlichen Vertrag oder durch dieselbe Form aufgelöst werden könne. Die im Gesetze ausgedrückte nämliche Art bezieht sich nicht auf die Form, sondern auf die Materie, wie der Nachsatz beweiset, indem es heißt, solchemnach, wird I^mo die Verbindlichkeit durch allseitige Einverständnisse ꝛc. ꝛc. Die Hauptsache ist bei Bilateral-Verträgen die gegenseitige Einwilligung, es mag diese gerichtlich oder außergerichtlich erfolgen.

Daß die Anna Maria B. in den Widerruf des Rückfalles, der ohnehin zu ihren Gunsten geschah, einwillige, beweiset schon ihre gegenwärtige Klage; nebstdem läßt sie herkommen, daß sie bei der Erklärung ihres Ehemannes selbst gegenwärtig war. Die Form der Widerrufs-Erklärung ist noch nicht ganz klar, da das vom Cooperator B. ausgestellte Zeugniß keinen Beweis liefert und von keiner Partei in beweisender Eigenschaft anerkannt wurde, vielmehr das Nähere der lebendigen Zeugschaft vorbehalten bleiben muß. Zur Beweis-Auflage genügt es, auszudrücken, daß der Widerruf auf eine rechtsgültige Art und Weise geschehen sey. Eine größere Beschränkung des Beweis-Themas würde den vorgebrachten Exceptionen nicht entsprechen, und der beweisen-

den Partei ohne Rechts-Grund die möglichen Beweis-Behelfe abschneiden.

Ad 3. Die Suspension des Kosten-Punctes rechtfertiget sich aus der Natur des interlocutorischen Spruches.

Am 29. Januar 1829.

7.

Im Namen ꝛc.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ✻✻✻-Kreis in Sachen des Andrä B. zu A. und 5 Consorten gegen Anna Maria B., Bauers-Wittwe zu H., nun verehelichten B., wegen Rückfall-Gutes zu Recht, und bestättiget das Erkenntniß des königl. Landgerichts St. vom 21. Januar l. J. publicirt am 28. dess. M. so weit dagegen appellirt worden, unter Vergleichung der Kosten II. Instanz.

Gründe.

Die appellirenden Kläger halten sich durch das erstrichterliche Erkenntniß in so ferne beschwert, als in demselben die Beklagte zum Beweise zugelassen ist, daß sie durch eine von ihrem Ehemanne getroffene rechtsgültige Verfügung von der Verbindlichkeit zur Herausbezahlung des im Heiraths-Briefe pactirten Rückfall-Gutes per 666 fl. 40 kr. befreit worden ist, weil sie glauben, daß dieser Beweis nicht relevire, sondern die Beklagte sogleich zur Bezahlung des in dem Heiraths-Briefe bedungenen Rückfalles an sie zu verurtheilen sey.

Dieses Letztere soll sich daraus ergeben, daß

1. der Heiraths-Vertrag rücksichtlich des Rückfalles ohne ihren Consens nicht habe abgeändert werden können, und daß

2. diese Abänderung auch als bloß außergerichtlich geschehen ungültig sey.

Allein weder aus der einen, noch aus der andern Rücksicht läßt sich ihre Beschwerde rechtlich begründen.

Ad 1. Die Bestimmung im Heuraths-Briefe, daß die Kläger als nächste Anverwandte und Intestat-Erben den dort festgesetzten Rückfall erhalten sollten — hat allerdings ohne ihren Consens abgeändert werden können; denn

a) die Verfügung, daß sie diesen Rückfall erhalten sollten, war an sich nur eine Dispositio mortis causa, und daher an sich widerruflich.

Zur Unterscheidung der Actus inter vivos et mortis causa ist nach Cod. civ. P. III. cap. 2. § 1. in notis lit. c. vorzüglich auf die unterliegende Handlung selbst und dahin zu sehen, ob dieselbe so beschaffen sey, daß sie noch bei Lebzeiten des Disponenten zu Kräften kommen oder erst durch seinen Tod Kraft und Verbindlichkeit erlangen solle.

In concreto ist das Letztere der Fall.

Sebastian B. hat im Ehe-Vertrage auf den Fall seines kinderlosen Todes seinem Eheweibe die Succession in seinem gesammten in die Ehe gebrachten Vermögen zugesichert, und davon unter dem Titel Rückfall nur einen Theil von 666 fl. 40 kr. ausgenommen. Daß dieser Theil seines Vermögens seinen nächsten Anverwandten gehören solle, wurde dabei nicht ausdrücklich bestimmt, sondern kann nur aus dem gewöhnlichen Begriffe eines Rückfall-Gutes gefolgert werden. Schon dieser Umstand, daß Sebastian B. nicht bestimmt ausgedrückt hat, daß dieser vorbehaltene Theil seines Vermögens seinen nächsten Anverwandten zufallen solle, deutet darauf hin, daß er nicht Willens gewesen sey, das Vermächtniß desselben an jene Verwandten unwiderruflich festzusetzen.

Noch entschiedener geht dieß daraus hervor, daß die nächsten Anverwandten zur befraglichen Disposition gar nicht beigezogen waren, und daß auch nicht einmal verfügt wurde, daß sie davon in Kenntniß gesetzt werden sollten. Offenbar würde das Eine oder Andere geschehen seyn, wenn Sebastian B. seinen Anverwandten den Rückfall unwiderruflich hätte zuwenden wollen; da er sie aber nicht beigezogen, ja nicht

einmal davon in Kenntniß gesetzt hat, so hat er deutlich zu erkennen gegeben, daß er sich seine freie Disposition über jenen vorbehaltenen Vermögens-Theil nicht durch einen förmlichen Vertrag mit denselben habe benehmen lassen wollen.

Eben daher ist die befragliche Bestimmung im Heiraths-Briefe rücksichtlich der Appellanten als Intestat-Erben kein Vertrag — kein Pactum successorium mit ihnen, sondern eine einseitige bei Gelegenheit des Heiraths-Vertrages gerichtlich ausgesprochene Disposition, welcher ihnen auf den Fall des Todes des Sebastian B. die Succession in dem befraglichen Vermögens-Theile zusichert, und daher als eine einseitige Dispositio mortis causa von Sebastian B. auch ohne ihren Consens immer per ademptionem aut translationem widerrufen werden konnte. Cod. civ. P. III. cap. 6. § 17 et 20.

b) Diesem stehet nicht entgegen, daß aus dem Vertrage unter Anderen auch ein Dritter nach Cod. civ. P. IV. cap. 1. § 13. Nr. 2. Rechte erwerben kann; denn abgesehen davon, daß nach dem bereits Angeführten schon nicht angenommen werden kann, daß Sebastian B. Willens gewesen sey, seinen Erben durch den mit seinem Eheweibe geschlossenen Heiraths- und Ehe-Vertrage -- ein wirkliches und unwiderrufliches Recht auf das stipulirte Rückfalls-Gut einzuräumen, wird zur wirklichen Erwerbung des Rechtes aus dem Vertrage Anderer immer die nachfolgende Acceptation des Dritten erfodert, und bis zum Erfolge derselben kann das Pactum von den Disponenten wieder aufgehoben werden. Cod. civ. l. c. et in not. Nr. 2. lit. e.

Nun können die Appellanten selbst nicht behaupten, daß und wie sie die befragliche Rückfalls-Stipulation acceptirt gehabt hätten, ehe sie von Sebastian B. in Gegenwart und mit stillschweigender Zustimmung seines Eheweibes rücksichtlich ihrer wieder aufgehoben worden ist.

Sie führen deßhalb nur an, daß

a) Peter B., Ehemann einer der Mit-Erben, und Paul H., Vormünder der damals noch minderjährigen Geschwister — bei dem Heiraths-Vertrage anwesend gewesen seyen,

und glauben, daß daraus die stillschweigende Acceptation von Seite der Intestat-Erben anzunehmen sey; ferner glauben sie

b) daß diese Acceptation auch daraus hervorgeht, weil sie um den Rückfall gerichtliche Klage erhoben hätten, ehe sie von der abändernden Verfügung des Sebastian K. Kenntniß gehabt. — Allein

Ad a) da obige beiden Männer bei Abschluß der Heiraths-Pacten nach Ausweis des gerichtlichen Documentes nicht wegen der zu ihren, resp. ihrer Mandanten Gunsten geschehenen Rückfalls-Bestimmung zugegen waren, sondern lediglich als Zeugen des Vertrages, so kann aus ihrer blossen Gegenwart nicht auf ihre stillschweigende Acceptation des Rückfalles geschlossen werden.

Da überdieß Zeuge der eigenen Beweis-Antretung der Appellanten zur Zeit der Heiraths-Pacten nur eine einzige B.'sche Tochter minderjährig war, welche durch einen Vormünder vertreten werden konnte, und da Mit-Erben weder Correi debendi noch stipulandi sind, sondern Jeder nur sein Ratum fodern und deßhalb belangt werden kann, so wären von den 6 Appellanten nur zwei bei der Acceptation durch obige zwei Männer vertreten gewesen.

Ad b) Die weitere Behauptung ist ohnehin actenwidrig, indem die Appellanten schon durch die Provocations-Klage, also lange zuvor, ehe sie in Folge dieser Provocation ihre Klage um den Rückfall eingereicht haben, Kenntniß von der abändernden Verfügung des Sebastian B. erhalten haben.

Ad 2. Die Abänderung der befraglichen Bestimmung über den Rückfall ist auch deßhalb nicht ungültig, weil sie außergerichtlich geschehen ist. Mit den Appellanten hatte Sebastian B. kein Pactum successorium eingegangen; er brauchte also denselben nicht in der gesetzlichen Form solcher Verträge, nämlich gerichtlich — abzuändern, sondern so wie sie durch eine einseitige widerrufliche Disposition zum Rückfalle berufen waren, so konnte der Widerruf dieses Vermächtnisses auch durch eine gleiche Disposition geschehen, wozu sogar nur drei Zeugen erfoderlich waren. **Cod. civ. P. III. cap. 6. § 18. Nr. 2.**

Die Abänderung der Bestimmung des Heiraths-Briefes über den Rückfall enthält zwar zugleich die Übertragung desselben auf die Ehefrau; allein da dieselbe bereits die vertragsmäßige Erbin war, welche das fragliche Vermächtniß herauszuzahlen gehabt hätte, so liegt darin keine Translation des Vermächtnisses, sondern eine blosse Ademption; allein läge auch erstere vor, so wäre dessenungeachtet keine gerichtliche Protocollirung erfoderlich gewesen. Diese Übertragung des Vermächtnisses geschah nämlich nach der Behauptung der Beklagten nicht in der Form eines Erb-Vertrages, sondern in der einer letztwilligen Disposition, welche auch ausergerichtlich gültig geschehen können, so wie denn insbesondere hinsichtlich der Translation eines Vermächtnisses Cod. civ. P. III. cap. 6. § 20. Nr. 3. et in notis ausdrücklich verordnet ist, daß dasselbe in einer außergerichtlichen vor 5 Zeugen geschehenen Disposition, also in einem Codicille geschehen könne. Daran war Sebastian B. auch durch die Heiraths-Pacten nicht gehindert; denn so wie er nach dem bereits Angeführten ungeachtet derselben mit dem Rückfall-Gute mit Ausschluß seiner Intestat-Erben zu Gunsten eines Dritten einseitig hätte verfügen können, eben so konnte er es zu Gunsten seines Eheweibes.

Läge übrigens auch in dieser Translation rücksichtlich des Eheweibes ein Vertrag vor, so bestände derselbe offenbar in einer Schankung von Todeswegen; allein auch hiezu wäre die gerichtliche Protocollirung nicht erfoderlich gewesen; denn da das Gesetz Cod. civ. P. III. cap. 8. § 3. Vermächtnisse und Schankungen von Todeswegen in allen Stücken ganz gleich setzt, und Vermächtnisse auch durch ausergerichtliche Codicille verfügt werden können, so muß dieß auch für Schankungen von Todeswegen gelten, und die Bestimmung, daß Pacta successoria mortis causa schriftlich resp. gerichtlich zu errichten seyen, kann sich nur auf Pacta successoria universalia verstehen, nicht aber auf particularia, wie die fragliche Schankung von Todeswegen ist.

Aus dem Angeführten erhellet zugleich, daß die befragliche letztwillige Disposition des Sebastian B. nicht als ein

Testamentum nuncupativum betrachtet werden könne, wenn auch darin von der Einsetzung seiner Ehefrau zum Erben Erwähnung geschehen seyn sollte, da dieselbe schon vorher haeres pactitius war und unbestritten ist, und daher ihre Ernennung als Haeres testamentarius als überflüßig und nicht geschehen zu betrachten, so wie denn auch offenbar wäre, daß es der Wille des Sebastian B. nicht gewesen sey, seiner Ehefrau die Erbschaft, die ihr schon ex pacto successorio gebührte, per testamentum zu übertragen, sondern nur, über den befraglichen Rückfall letztwillig zu verfügen.

Deßhalb muß das erstrichterliche Erkenntniß, so weit dagegen appellirt ist, bestättiget werden.

Da jedoch die Berufung der Kläger nicht als frivol erscheint, besonders da die einschlägige Rechts-Materie unter die schwierigen gehört, so waren die Kosten zweiter Instanz zu compensiren.

Den 29. April 1829.

8.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Wenn auch in d. Ehevertrage ein Rückfall bedungen worden ist, so kann doch diese Bestimung durch ein nachfolgend. Testam. wieder abgeändert werden.

Erkennt das ꝛc. ꝛc. in der Streit-Sache des Matthäus J. von W. und Consorten gegen Michael W. von R. wegen Rückfall-Gut und Testaments-Nullität reformando sententiae Imae zu Recht, daß Beklagter von der Klage zu entbinden, und die Kosten erster und zweiter Instanz zu compensiren seyen.

Gründe.

Michael W. und Magdalena, geb. J., bestimmten in dem von ihnen gerichtlich errichteten Ehe-Vertrage vom 20.

August 1813, daß auf kinderloses Absterben des einen oder andern Theiles binnen Jahr und Tag 500 fl. als Rückfall-Gut entrichtet werden müssen.

Ihre Ehe blieb kinderlos, daher traf Magdalena J., verehelichte W., am 3. Juni 1832 eine gerichtliche letztwillige Disposition dahin, daß sie die Herausbezahlung des im Heirathsbriefe vom ꝛc. bestimmten Rückfalls aufhob, und ihren Ehemann Michael W. zu ihren Universal-Erben ernannte.

Matthäus J. und Cons. bestritten nun als Geschwisterte und Geschwister-Kinder der seither verstorbenen Magdalena W. diese letztwillige Verfügung lediglich aus dem Grunde, weil es der Erblasserin an der Fähigkeit zu testiren ermangelt habe.

Dieser Mangel soll dadurch begründet seyn, daß der von den W.'schen Eheleuten unter sich geschlossene Ehe-Vertrag zugleich einen mit ihnen geschlossenen Erb-Vergleich (pactum inter vivos) enthalte, daher einseitig, ohne ihre Zustimmung — nicht mehr abgeändert werden könnte.

Der Ungrund dieser Behauptung und des darauf gebauten Anspruches ergibt sich aus folgender Erwägung:

a) Nach Vernunft und positivem Rechte, Land-Recht Th. IV. cap. 1. § 5 u. 19. gehört zu den wesentlichen Erfodernissen eines jeden Vertrages das Versprechen des einen und die Annahme des andern Theiles — nur ein in solcher Weise vollendetes Rechts-Geschäft erzeugt Rechte und Verbindlichkeiten unter den Paciscenten.

b) Der Ehe-Vertrag vom 20. August 1813 wurde nach seinem klaren Inhalte bloß von den W.'schen Eheleuten unter sich geschlossen, und ist daher nur zur Rechtsquelle für sie geworden, nicht aber für Dritte, welche nicht mitcontrahirt haben.

c) Die Kläger behaupten zwar, daß sie bei dem erwähnten Ehe-Vertrage Mitcontrahenten gewesen seyen, allein ohne rechtlichen Grund; denn jener Vertrag selbst enthält darüber nicht die mindeste Bestimmung, sie waren beim Abschlusse desselben nicht einmal zugegen, den Matthäus J. ausgenommen; aber auch dieser war nur als Beiständer

der Magdalena W. anwesend; er stand also dieser und ihrem Ehemanne nicht als contrahirender Gegentheil gegenüber, sondern war mit jener rechtlicherweise Eine Person. Die fragliche Rückfalls-Bestimmung selbst enthält nicht einmal, daß derselbe an die nächsten Verwandten, oder an wen sonst zu zahlen sey: auch auf Seite des Michael W. war von seinen Verwandten Niemand als Mitcontrahent zugegen. Wäre es in der Absicht der Ehe-Contrahenten gelegen, gleichzeitig mit ihren beiderseitigen Seiten-Verwandten einen Erb-Vertrag einzugehen, so würden sie dieses ausgedrückt und die nothwendige Mitanwesenheit der letztern zum Zwecke der Acceptation veranlaßt haben.

d) Die Rückfalls-Bestimmung in dem Ehe-Vertrage vom 20. August 1813 erscheint daher lediglich als eine von den W.'schen Eheleuten sich gegenseitig auferlegte Verbindlichkeit, die sie später sowohl durch Vertrag wieder abändern oder aufheben konnten, als jedem desselben unbenommen war, den Gegentheil durch letztwillige Anordnung von der obliegenden Verbindlichkeit zu liberiren. Land-Recht Th. III. cap. 7. § 15.

Am 30. April 1833.

9.

Erkenntniß.

Das Königl. Landgericht Pf.

Wer in einem Heiraths-Vertrage im Allgemeinen ein Rückfall bestimmt wird, ein Eheth. während d. Ehe noch einiges Vermö-

Erkennt in Sachen des Jos. R., Karlbauer zu D., gegen Theresia Sch., Brauerin zu H., und Maria Anna H., Postgütlerin zu W., als Testaments-Erben seines verstorbenen Weibes Marianna R. pcto. agnit. test. zu Recht:

1. daß Jos. R. schuldig seye, nebst dem in dem Heiraths-Vertrage mit dem verstorbenen Weibe bedungenen Rückfall per 600 fl. auch die in dem Testamente bezeichneten 1160 fl. und die in dem Testaments-Verzeichnisse enthaltenen Kleidungsstücke der Erblasserin an die beiden Testaments-Erbinen herauszugeben,

gen erbt u. hierüber zu Gunsten anderer als des Ehegatten testirt, ist diese Disposition rechtsbeständ. od. nicht?

2. daß die Erbinen mit ihrer Gegen-Klage auf Heraus-Bezahlung der dem Ehemanne Jos. R. zugedachten Legate per 504 fl. ad separatum processum zu verweisen seyen.

3. daß die erlaufenen Proceß-Kosten compensirt werden.

Gründe.

Ad 1. 1. Nach dem Inhalte des von beiden Theilen anerkannten Heiraths-Vertrages vom 14. Juni 1794 hat das verstorbene Eheweib Maria Anna, geborne A., ihrem Ehemanne Jos. R. 1000 fl. baares Geld nebst einer standesmäßigen Ausfertigung als Heirath-Gut zugebracht.

2. Von diesem Heirath-Gute wurde auf den Fall des kinderlosen Absterbens eines Ehetheiles ein beiderseits gleichheitlicher Rückfall per 600 fl. in der Art festgesetzt, daß der überlebende Theil diese Summe an des früher Gestorbenen nächste Anverwandte für all und Alles, also auch incl. der Ausfertigung hinausbezahlen sollte.

3. Das früher gestorbene Eheweib erwarb aber während der Ehe durch Erbschaft ein weiteres Vermögen von 1160 fl. und 504 fl., dessen Besitz der Ehemann Jos. R. nicht widersprochen hat, und weil sie in der Ehe keine Kinder erzeugten, so testirte sie über den Rückfall vom Heirath-Gute pr. 600 fl., über die Erbschaften per 1160 fl. und über ihre Kleider zu Gunsten ihrer beiden Schwestern und die weitern 504 fl. legirte sie ihrem Ehemanne.

4. Die beiden Testaments-Erbinen, welche — als nächste Verwandte — die Erblasserin auch ab intestato beerbt haben würden, haben ihre letztwillige Verfügung anerkannt, aber der Ehemann glaubte sich zur Herausbezahlung der durch Erbschaft erworbenen 1160 fl. aus dem Grunde nicht ver-

bunden, weil seinem Weibe durch die Festsetzung eines Rückfalles alle weitere Vermögens-Disposition benommen gewesen sey, indem diese Rückfalls-Bestimmung über das sämmtliche Vermögen des Weibes, welches bei ihrem Tode vorhanden war, sich erstreckt habe.

5. Aber diese Behauptung ist nicht im Gesetze gegründet. Ein Heirath-Gut wird nach dem Gesetze nur dasjenige Vermögen genannt, welches die Frau dem Manne ausdrücklich unter diesem Namen zubringen; alles übrige Vermögen ist entweder bonum paraphernale et receptitium und von beiden bleibt die Frau immer Eigenthümerin. Cod civ. P. I. cap. 6. § 13 et 22.

Nun hat aber die verstorbene Ehegattin ihrem Manne Jos. R. nur 1000 fl. als Heirath-Gut zugebracht, und der in dem Ehe-Contracte beiderseits bedungene Rückfall konnte sich nur auf dieses Heirath-Gut als den Gegenstand des Vertrages beschränken, und darf auf ein Vermögen, welches entweder nicht als Heirath-Gut in die Ehe gebracht oder erst später durch Erbschaft erworben wurde, nicht ausgedehnt werden.

Eines besondern Vorbehaltes des nicht als Heirath-Gut in die Ehe gebrachten Vermögens bedurfte es nicht, weil die Frau gesetzlich die Eigenthümevin dieses Vermögens bleibt, und weil namentlich dasjenige Vermögen, welches ein Ehe-Theil während der Ehe durch Erbschaft, Schankung, Vermächtniß ꝛc. erwirbt, auch nicht zu der Errungenschaft gezählt wird.

6. Das Gesetz cod. civ. P. I. cap. 6. § 38. schreibt klar vor, daß, wenn der Mann vor der Frau oder die Frau vor dem Manne ohne Kinder sterbe, der überlebende Theil den Erben des Verstorbenen Alles, was ihm derselbe zugebracht, mit Ausnahme des Ehebettes hinauszubezahlen habe.

Die Hälfte der Errungenschaft und eben so das Heirath-Gut oder die Widerlage des Mannes bleibt dem Überlebenden nur nutznießlich.

Von dem Paraphernal- oder Receptiz-Vermögen des Weibes spricht dieses Gesetz nicht ausdrücklich, weil es unter

dem allgemeinen Begriffe „alles zugebrachten Vermögens“ schon enthalten und weil es selbst während der Ehe das Eigenthum des Weibes verblieben ist.

Von dieser gesetzlichen Erbfolge-Bestimmung ist nun durch den Heiraths-Vertrag per actum inter vivos bloß eine Abweichung in der Art festgesetzt worden, daß dem Manne statt der Nutznießung des Heiraths-Gutes ein Theil desselben eigenthümlich gegen Herausbezahlung des bedungenen Rückfalles überlassen wurde.

Dieser nur von dem Heirath-Gute bedungene Rückfall schließt aber die Heraus-Gabe alles übrigen dem Manne unwidersprochen zugebrachten Paraphernal-Vermögens nicht aus.

7. Nach Nr. 21. des öfter allegirten Gesetzes sind auch die Kleider des Weibes ihr Eigenthum, weßwegen sie auch über diese zu disponiren befugt war.

Ad 2. Die Erblasserin hat in ihrem Testamente in fünf specificirten Posten ihrem Ehemanne eine, ebenfalls von ihren Verwandten herrührende Summe von 504 fl. unter der Androhung legirt, daß auf den Fall einer Widerrede gegen ihre Bestimmungen ihre Erben befugt seyn sollen, auch die Herausbezahlung dieser Summe von dem Ehemanne zu verlangen.

Die Erben haben auch in ihrer Exception die Herausbezahlung dieser Legate gefodert, weil der Ehemann die testamentarische Verfügung des Weibes nicht anerkannt hat, vielmehr weil er sich nicht schuldig glaubt, jene 1160 fl. herauszubezahlen, über welche sie disponirte.

Weil aber über diese Foderung noch keine Instruction vorliegt, und weil dieselbe — wenn sie überhaupt statt finden sollte — erst dann gestellt werden kann, wenn das gegenwärtige Erkenntniß die Rechtskraft beschritten haben wird, indem sie in casu sent. reform. ohnehin von selbst wegfallen würde, so wurde diese Foderung ad separatum verwiesen.

Am 22. Mai 1829.

10.

Im Namen Sr. königl. Majestät von Bayern.

Das königl. Appellations-Gericht für den *** Kreis erkennt in der Berufungs-Sache des Jos. R. zu D. wider Theresia Sch. et Conl., Ungültigkeit des von seinem verstorbenen Eheweibe errichteten Testaments betr., zu Recht:

daß dieses Testament, so weit es dem, in den Ehepacten enthaltenen Erbfolge-Vertrage entgegen disponirt unkräftig und daher R. nicht schuldig sey, von der gesammten Verlassenschaft seiner Ehefrau mehr, als den bedungenen Rückfall der 600 fl. herauszugeben.

Die Kosten werden verglichen.

Gründe.

Der von den R.'schen Eheleuten am 14. Juni 1794 gerichtlich errichtete Heiraths-Vertrag enthält über die Erbfolge Folgendes:

„Drittens ist auf kinderloses Absterben der an die nächsten „Befreundte zu bezahlende Rückfall wechselseitig auf „600 fl. baar Geld bestimmt worden, welche also der „überlebende Ehetheil an des Vorabsterbenden nächste „Befreundte für Alles und Alles, also auch incl. der „Ausfertigung hinauszubezahlen haben soll."

Die Maria R. hatte laut jenes Heiraths-Vertrags ihrem Manne 1000 fl. Heirath-Gut nebst einer ihrem Stande gemäßen Ausfertigung zugebracht, während der Ehe waren ihr aber von ihrer Mutter und ihrem Bruder noch 1160 fl. angefallen und ihr Mann hatte außerdem noch in verschiedenen Posten in ihrem Namen 504 fl. bezogen.

Am 25. Jänner 1813 testirte die Anna Maria R. über die 600 fl. Rückfall und über jene 1160 fl. und 504 fl. In die zwei ersten Posten per 1760 fl. und in verschiedene Kleidungsstücke ꝛc. instituirte sie unter Anordnung mehrerer Legate ihre Schwestern Th. Sch. und A. M. H. zu Universal-Erbinen, die 504 fl. aber verschaffte sie ihrem Manne.

Im Nov. 1818 starb die Anna Maria R. und der hinterbliebene Wittwer behauptete, das Testament sey nichtig und kraftlos und er sey nicht schuldig, mehr als den bedungenen Rückfall per 600 fl. herauszubezahlen.

Hierüber entstand der vorliegende Rechtsstreit bei dem königl. Landgerichte Pf., welches am 22. Mai l. J. den R. schuldig erklärte, nebst dem Rückfall pr. 600 fl. auch 1160 fl. und die in dem Testaments-Verzeichnisse genannten Kleidungsstücke der Erblasserin an die beiden Testaments-Erbinen herauszugeben.

Wenn der verstorbenen Anna Maria R. während der Ehe ein weiteres Vermögen nicht angefallen wäre, so würde schwerlich Jemand gezweifelt haben, ob ihr Ehemann Jos. R. Heirath-Gut und Ausfertigung behalten und eine Verbindlichkeit gehabt haben würde, außer dem stipulirten Rückfalle auch Kleider der Verstorbenen oder die Hälfte der Errungenschaft — vorausgesetzt, daß eine solche wirklich vorhanden gewesen wäre — an die Testament- oder Intestat-Erben der Verstorbenen gleich und resp. nach seinem Tode herauszugeben; er würde wenigstens im Falle, daß deßfalls Ansprüche erhoben worden wären, gegen diese vollständig dadurch geschützt worden seyn, daß in dem Heiraths-Vertrage bestimmt war, er solle für Alles und Alles 600 fl. hinauszahlen. Man würde also den Ebfolge-Vertrag, den der Heiraths-Brief enthält, für ein pactum de succedendo universale angenommen haben.

Die Anna Maria R. hat jedoch während der Ehe noch ein bedeutendes Vermögen erworben, und es entsteht daher die Frage:

Gibt der Heiraths-Vertrag dem Jos. R., welcher nicht gesetzlicher Erbe seiner verstorbenen Ehefrau ist, ein Recht, auch dasjenige Vermögen derselben in Anspruch zu nehmen, welches sie zur Zeit des geschlossenen Vertrages nicht eigenthümlich besessen hat?

Der Ehe-Vertrag bestimmt hierüber nicht in dem Maaße, daß aus seinen klaren Worten diese Frage bejaht oder verneint werden könnte; es muß daher nach Land-Recht Thl.

IV. cap. 1. §. 18. und Thl. III. cap. 2. § 12. die Absicht, welche die Contrahenten, als sie den Ehe- und Erbfolge-Vertrag abschlossen, hatten, nach den Grundsätzen des Wahrscheinlichen ausgemittelt werden.

Hiebei nun kömmt vorzüglich Folgendes in Erwägung:

1) Es darf als richtig angenommen werden, daß die Paciscenten nicht gewollt haben, es solle hinsichtlich ihres wechselseitigen Erbfolge-Rechts eine bedeutende Ungleichheit eintreten, daß sie vielmehr eine wechselseitige Gleichheit dieses Rechtes haben festsetzen wollen. Wäre Joseph R. vor seiner Ehefrau gestorben, so würde diese nach der unumwundenen Disposition des Vertrages das ganze Anwesen, die ganze Errungenschaft, und das ganze übrige Verlaßthum von 600 fl. behalten haben, während im Falle des Vorabsterbens der Anna Maria R. nach der Auslegung des vorigen Richters Appellant auf nicht mehr, als auf 900 fl. rechtlichen Anspruch gehabt haben würde. Die wechselseitigen Successions-Rechte würden also sehr ungleich und unbillig gegen einander gestellt gewesen seyn; es ist aber nicht wohl denkbar, daß Jos. R. eine solche auffallende Ungleichheit genehmigt haben solle, zumal, wie allgemein bekannt, bei Ehe-Beredungen der Landleute die Rücksicht auf Geld-Vortheile stets die hauptsächlichste, meist die ausschließende ist.

2. Betrachtet man die verschiedenen Erwerbungen, welche die Verstorbene während der Ehe gemacht hat, so ergibt sich, daß schon bei Errichtung des Erbfolge-Vertrags vorauszusehen war, jene würde noch ein weiteres Vermögen erwerben; hätten daher die Contrahenten die Absicht gehabt, daß dem Manne auf kinderloses Absterben seiner Frau nur 400 fl. und die Ausfertigung anfallen sollten, so würde ganz gewiß in dem Vertrage hierüber etwas erwähnt und ein Vorbehalt gemacht worden seyn.

Dieser Vertrag zeugt aber

2. sehr deutlich von der entgegengesetzten Absicht, davon nämlich, daß Jos. R. von der ganzen Nachlassenschaft seiner Frau nur 600 fl. herausgeben solle. Die gebrauchten Worte: „für Alles und Alles“ sind hier entscheidend.

Es würde indessen

4. diese Ansicht der Sache auch dann sich nicht ändern, wenn zur Zeit der Errichtung des Erbfolge-Vertrags nicht vorauszusehen gewesen wäre, daß der Verstorbenen noch während der Ehe ein Vermögen anfallen würde.

Die Succession aus einem universalen Erb-Vertrage wird — Anm. z. Ld.-R. Thl. III. cap. 11. § 1. Nr. 6. — nach denselben Grundsätzen, wie die testamentarische und Intestat-Erbfolge beurtheilt. Macht aber Jemand ein Testament zu einer Zeit, wo er nur noch wenig Vermögen hat, so bleibt der eingesetzte Erbe doch Erbe des ganzen Vermögens und Nachlasses, wenn auch, nach errichtetem Testamente der Testator noch Tausende erworben haben sollte.

5. Es muß aber allerdings angenommen werden, daß der in Rede stehende Vertrag ein pactum de succedendo universale habe seyn sollen.

Überhaupt wird ein dießfallsiges Pactum particulare so wenig vermuthet, als dieses, daß Jemand nur über einen Theil seines Vermögens habe testiren wollen; der vorliegende Vertrag hat die Physiognomie eines pacti de succedendo particularis vollends gar nicht. Schon das, was im Eingange zu diesen Entscheidungs-Gründen über den Fall, wenn die Verstorbene während der Ehe nichts weiter erworben hätte, gesagt worden ist, bewährt, daß die Contrahenten einen universalen Erbfolge-Vertrag haben schließen wollen, und es folgt dieses noch weiter daraus, daß dieser Vertrag eine wechselseitige Erbfolge, ein wechselseitiges Herauszahlen eines gleichen Rückfall-Quantums bestimmt; daß hinsichtlich des Joseph R. das pactum sich unzweifelhaft als universal darstellt und daß man daher, ohne dem Rechts-Begriffe Gewalt anzuthun, nicht annehmen darf, das pactum habe für den einen Theil universal, gegen den andern aber nur particular seyn und wirken sollen.

6. Kaum wird übrigens in Altbayern oder doch im ***-Kreise bei Landleuten ein Ehe-Vertrag, in welchem zugleich die wechselseitigen Rückfälle ausgemacht wurden, vorkommen, der eine andere Tendenz hätte, als, daß der überlebende

Ehegatte gegen Entrichtung des Rückfalls Erbe des ganzen nachgelassenen Vermögens des Verstorbenen sey.

Man hat keinen, nur einigermassen schließenden Grund, zu vermuthen, daß der R.'sche Ehe-Successions-Vertrag etwas anderes als eine Ausnahme von dem, was gewöhnlich geschieht, habe bezwecken wollen und sollen.

Eine gesetzliche Wahrscheinlichkeit ergibt sich — Raitmaier, die Wahrheit vor Gericht, § 12. S. 40. — da, wo aus bekannten Umständen das Gewöhnliche gefolgert wird; dagegen liegt die Unwahrscheinlichkeit in der Folgerung aus dem Ungewöhnlichen und deßwegen begründet nach der G. O. cap. 12. § 2. und Anm. lit. e. Nr. 4. dasjenige, was gemeiniglich zu geschehen pflegt, eine qualificirte Präsumtion dafür, daß es auch in einem gegebenen Falle geschehen sey; eine solche Präsumtion also, deren entscheidende Wirkung nur durch einen — in substrato nirgends vorhandenen — vollständigen Beweis des Gegentheils gehoben werden kann.

Unter diesen Sach- und Rechts-Verhältnissen muß daher als rechtliche Wahrheit festgesetzt werden: — die R.'schen Eheleute haben, als sie ihren Ehe- und Erbfolge-Vertrag schlossen, keine andere Absicht gehabt, als diese, daß auf kinderloses Absterben des einen oder andern Theils der Überlebende die ganze Verlassenschaft des Vorabsterbenden behalten und hievon nicht mehr als 600 fl. herausgeben solle.

Muß aber dieses rechtlich festgesetzt werden und ist es unbestreitbare gesetzliche Wahrheit — Ld.-R. Thl. III. cap. 11. § 1. Nr. 11. — daß wechselseitige Erbfolge-Verträge einseitig unwiderruflich sind, und der eine Paciscent ohne Einstimmung der Mit-Paciscenten zu deren Abbruch nichts mehr verfügen könne, so konnte die verstorbene Anna Maria R. ihrem Manne durch ein Testament nichts mehr von dem Rechte auf ihre Verlassenschaft entziehen, das ihm der Ehe-Vertrag gegeben hatte.

Eine ihrerseitige Befugniß, über ein Vermögen, das sie während der Ehe acquiriren würde, testamentlich verordnen zu können, ist in diesem Vertrage nicht enthalten; hätte sie deßwegen einen Vorbehalt im Sinne gehabt, so hätte sie

deutlich sprechen können und müssen, wenn sie gewollt hätte, daß — Anm. z. Ld.=R. Thl. IV. cap. 1. § 18. Nr. 2. — eine Erklärung des Ehe=Vertrags gegen sie und gegen jene Befugniß nicht gemacht werde.

Da übrigens auch die Appellaten keineswegs als muthwillige Streiter zu betrachten sind ꝛc. ꝛc.

Am 30. Juli 1819.

11.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Joseph R., Bauers zu D., gegen Theresia Sch., Bierbrauers=Gattin zu H., und Maria Anna H., Postgütlerin zu W., als Testaments=Erbinen seines verstorbenen Weibes Maria Anna R., Ungültigkeit des von seinem Eheweibe errichteten Testaments betreffend, zu Recht, und belassen es bei dem von dem königl. Landgerichte Pf. unterm 22. Mai 1819 erlassenen, am 29. des näml. Monats eröffneten Urtheile — so weit das Rechtsmittel der Berufung dagegen eingewendet worden ist, — aus den demselben nachgesetzten Entscheidungs=Gründen, und in der fernern Erwägung, daß die Bestimmung des § 3. des zwischen dem Jos. R. und seinem Weibe am 14. Junius 1794 gerichtlich abgeschlossenen Ehe=Vertrags, vermöge welchem auf das kinderlose Absterben der überlebende Theil wechselseitig einen Rückfall von 600 fl. baar Geld an des Vorabsterbenden nächste Befreundte entweder bei der Standes=Veränderung, oder längst inner Jahr und Tag, für Alles und Alles, also auch inclusive der Ausfertigung, hinauszubezahlen haben soll, lediglich auf das in den vorausgehenden §§ 1 u. 2. aufgeführte Heirath=Gut von 1000 fl., nebst der standesmäßigen Ausfertigung und Widerlage, bezüglich sey, was vorzüglich

durch den in dem allegirten § 3. enthaltenen Ausdruck sich bewährt, daß der Rückfall mit 600 fl. *inclusive* der Ausfertigung hinausbezahlt werden müsse. Die fragliche Rückfalls-Summe ist demnach nur mit Rücksicht auf das Vermögen des R. und seines Weibes, so, wie dasselbe zur Zeit des Abschlusses des ohnehin nur strictissime zu interpretirenden Ehe-Vertrages (nach § 1 und 2. desselben) bestanden hat, festgesetzt worden. Es mußte sohin unter Abänderung des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses das landgerichtliche Urtheil ad Posit. 1. wieder hergestellt, folglich so, wie geschehen, erkannt werden.

München, den 15. Januar 1820.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco, Präsident.

Secr. Fränkl.

12.

Das königl. Landgericht Pf.

Auch bei einem Pactum succesforium inter vivos muß d. Erbschafts-Antritt erklärt oder die Erbschaft repudirt werden.

Erkennt in der Streitsache der Johann R.'schen Eheleute zu G. gegen Elisabetha H., Austräglerin auf dem Hansottengute zu W., wegen eines Heirathsguts-Rückfalls nach erstattetem Vortrage und collegialer Berathung zu Recht:

1. Es sey der Beklagte nicht schuldig, sich auf den Streit einzulassen.
2. Es seyen die Kosten zu compensiren.

Entscheidungs-Gründe.

Ad 1. Die Klage um den im gerichtlich errichteten Heiraths-Vertrag der Johann H.'schen Eheleute vom 5.

Juli 1823 stipulirten Rückfall will von der Beklagten beseitiget werden

1. durch Verzicht auf die Erbschaft ihres verstorbenen Ehemannes (repudiatio haereditatis),

2. durch die Behauptung, es dürfe ein Rückfall nicht hinausbezahlt werden, wenn es an einer Verlassenschafts-Masse gebreche, welche größer sey, als die Illaten des überlebenden Ehegatten, und

3. durch Anführung des Verzichts der klagenden Parthei auf jede seinerzeitige Zahlung eines Rückfalles.

Zu 1. Ernennen sich die Eheleute in den Ehe-Verträgen zu ihren gegenseitigen Erben, so ist das diesem Schritte zum Grunde liegende Rechtsgeschäft allbekannt nichts anderes als ein pactum successorium simplex (inter vivos), und wird dabei ein sogenannter Rückfall stipulirt, so ist dieß eine dem überlebenden Ehegatten als Erben nebenher aufgelegte Last, ganz in die Kathegorie gehörig, mit den einem Testaments-Erben überbürdeten Legaten u. dgl.

Daß der Erbe aus einem pactum successorium auf die Erbschaft verzichten könne, ist im Ld.-R. Thl. III. cap. 11. § 1. in notis Nr. 7. lit. c et d. ausgesprochen. Die Giltigkeit der Repudiation der Erbschaft wird in diesem Falle lediglich nach den allgemeinen Bestimmungen über den Verzicht auf eine Erbschaft beurtheilt. Ld.-R. Thl. III. cap. 1. § 19. Um in dieser Beziehung die Verweigerung der Erbschaft für unwirksam zu erklären, wurde vom klagenden Theile angebracht:

a) bei dem in Mitte liegenden pactum successorium könne keine Rede davon seyn, daß die Beklagte eine angefallene Erbschaft antrete, sie sey vielmehr durch den Heiraths-Vertrag selbst Schuldnerin des Rückfalles geworden.

Dieses ist jedoch unrichtig. Nach dem Land-Rechte Th. III. cap. 1. in notis ad § 2 et 3. Nr. 4. lit. d. tritt bei einem pactum successorium simplex der Anfall der Erbschaft nicht erst bei dem Tode des zuerst das Zeitliche segnenden Ehegatten ein, sondern fällt mit der Perfection des Vertrages in eines zusammen, wohl aber ist im Land-Rechte Th.

III. cap. 1. in notis zu § 2 u. 3. Nr. 10. lit. d. erläutert, daß eine solche Erbschaft, wie jede andere angetreten werden müsse. Wie in allen übrigen Erbschaften erwächst für den Erben ex pacto successorio vor dem Erbschafts-Antritte keine Verbindlichkeit zur Erfüllung des Vertrages. Daß demnach der überlebende Ehegatte aus dem pactum successorium ohne weiters Selbstschuldner des Rückfalles würde, ist eine dem Gesetze zuwiderlaufende Behauptung; es kann vielmehr vom überlebenden Ehegatten die Erbschaft, wie bereits angeführt, repudirt und den Intestat-Erben des Verstorbenen überlassen werden, wobei dann auch der überlebende Ehetheil, der nicht beerbt wird, aus der Erbschaft nimmt, was sein ist.

b) Es sey nicht mehr res integra und keine Rede davon, daß die Beklagte ihr Heirath-Gut zurücknehme, und den Klägern das leere Nachsehen lasse, nachdem die Beklagte und ihr Ehemann ihr Vermögen in eine Masse zusammen geworfen, ihr Hansottengut zu W. verkauft, ihr Schwarzwäldler-Gütchen daselbst der Tochter der Beklagten übergeben, und den dem verstorbenen Johann H. auf dem Mühlhansel-Gut zu D. zustehenden Austrag verkauft haben.

Auch dieses Vorbringen des klagenden Theiles ist vergeblich. Es ist nicht wahr, daß die H.'schen Eheleute ihr Vermögen in eine Masse zusammengeworfen haben; der Heiraths-Vertrag ist rein nach dem Dotalsystem abgeschlossen, kein Ehetheil hat dem andern sein Vermögen zum Eigenthume angeheirathet, wenn es ihm auch Besitz und Nutznießungs-Rechte zuwendete, und indem sie über Theile ihres gegenseitigen Vermögens, während sie miteinander in der Ehe lebten, veräußerungsweise disponirten, so haben sie nicht mehr gethan, als wozu sie vollständig befugt waren; kein Erbe, sey er es aus welchem Rechts-Titel, kann fodern, daß der Erblasser nichts von seinem Vermögen veräußert habe, er muß sich mit dem als Erbschaft begnügen, was zur Zeit des Todes vorhanden ist, und will er dieß nicht, so mag er sich der Erbschaft entschlagen.

c) Nach der Verhandlung vom 12. Juni 1833 vor dem Patrimonial-Gerichte Sch. seyen die Theile einig gewesen,

daß eine Verlassenschafts-Verhandlung nicht nothwendig sey, sondern es sich nur um die Rechtsfrage handle, ob die Beklagte die Rückfalls-Summe als Entschädigung für die dem verstorbenen Ehemanne während seiner Krankheit geleistete Warte zurückbehalten könne.

Nicht die Theile waren inhaltlich des Protocolles des Patrimonial-Gerichts Sch. einig, daß es sich bloß um die Hinauszahlung des Rückfalles frage, das Patrimonial-Gericht selbst war der irrigen Ansicht, daß es sich um keine Verlassenschaft handle, sondern der Rückfall unbedingt bezahlt werden müsse; es trug diesen Irrthum wortwörtlich im Protocolle vor, und wies die dermal klagende Parthei lediglich zum Rechtswege hin, da die Beklagte die Bezahlung des Rückfalles weigerte, anstatt daß es von der jetzt Beklagten eine Erklärung über den Antritt der Erbschaft zu erlangen gesucht hätte.

Nicht durch das pactum succeſſorium allein, nur durch den zu demselben hinzugekommenen Erbschafts-Antritt wäre die Beklagte verbindlich, den Rückfall herauszubezahlen; ein ausdrücklicher Erbschafts-Antritt von ihrer Seite ist noch nicht vorhanden, und da dieß nicht der Fall ist, so mag sie vor dem Patrimonial-Gerichte Sch. den Rückfall aus was immer für einen Grund verweigert haben, so schadet ihr dieses an ihren Rechten nicht im Mindesten, denn das Patrimonial-Gericht hatte, bevor die Erklärung des Erbschafts-Antrittes der Beklagten nicht actenmäßig war, gar keine Competenz und kein Recht die Frage um die wirkliche Zahlung des Rückfalles zur Sprache zu bringen.

d) Es sey die Repudiation der Erbschaft verspätet, da die Beklagte von der Erbschaft ihres Ehemannes längst Besitz ergriffen, und sich in vielfacher Beziehung pro haerede gerirt habe.

Wie die bisherigen Repliken unerheblich sind, ist es auch diese. Sie ist viel zu allgemein gefaßt. Eheleute des Standes des Verstorbenen haben fast ohne Ausnahme wenigstens factisch das ganze Vermögen so inne, daß jedes derselben als Detentor fortwährend erscheint, und wenn der überle-

beyde Ehetheil diesen Besitz fortsetzt, so kann man gewiß nicht mehr sagen, es sey eine Besitz-Ergreifung eingetreten, aus welcher eine gestio pro haerede abfließen würde. Wollte darnach aus dem Besitze der Erbschaft die pro haerede gestio abgeleitet werden, so hätten ganz gewiß mehr speciele Besitzergreifungs-Handlungen angegeben werden sollen. Eben so hätte, um eine Replik gehörig zu substanziren, sich bestimmter durch Anführung wirklicher Thatsachen ausgedrückt werden sollen, was damit gemeint sey, Beklagte habe sich in vielfacher Hinsicht pro haerede gerirt.

Überdieß enthält das Land-Recht Th. III. cap. 1. § 7. et in notis, daß derjenige nicht so angesehen werden könne, als ob er sich pro haerede gerire, welcher mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft lebte, und die Hausfahrniß benützte, und daß dieses insbesondere der Fall bei der Wittwe nicht sey, wenn sie die Erbschaft interim administrire.

Es steht demnach die Repudiatio haereditatis von Seite der Beklagten wirksam aufrecht, und es liegt gegen die aus ihr gegen die Klage entnommenen Einwendung aus dem Umstande kein Bedenken vor, daß sie nicht aus Verlassenschafts-Acten abfließt, sondern lediglich im gegenwärtigen Rechtsstreite angebracht worden ist, weil noch gar keine Verlassenschafts-Verhandlung existirt.

Die Einrede ist übrigens als proceßhindernd (Cod. jud. cap. 6. § 3.) mit Verweigerung der Streits-Einlassung angebracht, sie hat auch naturam praejudicii an sich; denn um als Erbe zu haften, muß man zuerst Erbe seyn, und der klagende Theil hat die passive Legitimation zur Sache der vorgebrachten Einrede gegenüber nicht zu erwirken vermocht.

Ad 2. Die Compensation der Kosten rechtfertiget sich durch Cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 3.

Pf. am 30. August 1834.

13.

Im Namen ꝛc.

Erkennt das unterfertigte Appellationsgericht in der beim königl. Landgerichte Pf. anhängigen Streitsache der Johann und Maria R.'schen Eheleute zu G., Kläger und Appellanten, gegen Elisabeth H., Beklagte und Appellatin, wegen Foderung eines Heirathsguts-Rückfalles, zu Recht:

„und bestättiget das erstrichterliche Erkenntniß vom 30. „August publ. 24. Sept. v. J. in Haupt- und Neben- „Sache mit der Modification, daß die Beklagte zur „Zeit nicht verbunden sey, sich auf den Streit einzu- „lassen."

„Die Kosten der II. Instanz seyen zu compensiren.

Gründe.

Die Johann und Maria R.'schen Eheleute haben gegen das Erkenntniß des königl. Landgerichts Pf. vom 30. August publ. 24. Sept. v. J., durch welches die beklagte Elisabeth H. von der Einlassung auf die Klage freigesprochen wurde, die Berufung ergriffen, und hierin principaliter um Verurtheilung der Beklagten zur Bezahlung der libellirten Rückfalls-Summe pr. 225 fl. eventuel aber um Zulassung zum Beweise gebeten, daß die Beklagte die Erbschaft ihres Mannes bereits factisch angetreten habe, endlich subeventuel die Anordnung beantragt, daß vor Allem der Johann H.'sche Rücklaß legal inventirt werde.

Dieser Berufung und ihren Anträgen konnte indessen keine Folge gegeben werden.

Die Beklagte hat excipiendo vorerst die Erklärung abgegeben, daß sie auf den Nachlaß ihres verstorbenen Mannes mit einzigem Vorbehalte ihrer Heirathsguts-Ansprüche verzichte, solchen vielmehr der Klägerin Maria R. als der leiblichen Tochter voriger Ehe und ausschließenden Intestat-Erbin des Defuncten selbst überlasse, und demnach auf den Grund dieser Erbschafts-Repudiation, zufolge welcher sie

nicht mehr als die rechte Beklagte erscheine, die Streits-Einlassung verweigert.

Aus den Acten, namentlich aber aus einem in den Verhandlungen producirten Protocolle des Freyherrn v. P.'schen Patrimonial-Gerichts Sch. vom 12. Juni 1833 geht nun hervor, daß eine Verlassenschafts-Verhandlung über den Rücklaß des Johann H., Ehemannes der Beklagten, noch gar nicht statt gefunden habe, es ist vielmehr hieraus zu entnehmen, daß das besagte Patrimonial-Gericht die Eröffnung einer solchen Nachlaß-Verhandlung geradezu als unstatthaft erklärt habe.

Diese Ansicht war jedoch offenbar unrichtig, denn wenn es sowohl an und für sich, als selbst unter den Theilen als unstreitig feststeht, daß der Heiraths-Vertrag vom 5. Juli 1823, in welchem für den nunmehr wirklich eingetretenen Fall des kinderlosen Vorablebens des Johann H. die Hinaus-Bezahlung einer Rückfalls-Summe von 225 fl. an dessen nächste Verwandte bedungen wurde, ein pactum successorium, und zwar simplex oder inter vivos bilde, so wird doch auch bei der haereditas pactitia wie bei allen übrigen Successions-Arten ein wirklicher Erbschafts-Antritt, welcher allein nach Ld.-R. Thl. III. cap. 1. § 6. die Haftung des Erben für die vorhandenen Passiven zur Folge hat, d. i. eine freiwillige und ausdrückliche Erklärung erfodert, daß man Erbe seyn wolle.

L. R. Th. III. cap. 1. § 5. et in notis Nr. 10. lit. d.

Es steht diesem nicht entgegen, daß bei einem pactum succes. simplex der Anfall der Erbschaft mit dem Abschlusse des Vertrages selbst, und nicht erst mit dem Tode des Erblassers eintritt; denn der bloße Anfall einer Erbschaft bewirkt mehr nicht, als das Recht, dieselbe anzutreten, kann aber unter keiner Voraussetzung mit dem Antritte selbst, welcher eine bestimmte Erklärung voraussetzt, in Eines zusammen fallen. — Die besondern Wirkungen eines pacti successorii inter vivos äußern sich daher lediglich in Ansehung der Transmission der mit dem Augenblicke des geschlossenen Vertrages schon angefallenen Erbschaft auf die Erben des vor dem wirklichen

Antritte mit Tode abgehenden haeres pactitius, allein sie entbinden diesen letztern nicht von solchem Antritte, welcher, wie bei den übrigen Successions-Arten, ebenfalls durch das Ableben des Erblassers bedingt ist.

Aus dieser Nothwendigkeit einer Antritts-Erklärung auch bei der vertragsmäßigen Erbschaft folgt nun von selbst das Recht des Erben, sich der Erbschaft zu entschlagen. (L. R. Th. III. cap. 11. § 1. in not. Nr. 7. lit. d.) — Von diesem Rechte hat in concreto die Beklagte Gebrauch gemacht, allein es ist von selbst einleuchtend, daß sie eine solche nicht gelegenheitlich eines gegen sie erhobenen Rechtsstreites vor einem hiezu nicht competenten Gerichte machen konnte, sondern daß solche vor das Patrimonial-Gericht Sch., als die allein zuständige Verlassenschafts-Behörde ressortire, in deren Pflicht-Kreis es daher gelegen ist, vor Allem die gesetzliche Verhandlung über den Nachlaß des Johann H. zu eröffnen, und zwar um so mehr, als der Vertrag vom 5. Juni 1823 keineswegs die Errichtung einer Güter-Gemeinschaft zwischen den beiden Eheleuten zu entnehmen gibt, sondern solche vielmehr durch die im Puncte 2. constituirte Widerlage und durch die hierin vorkommenden Ausdrücke „Mit-Besitzerin und Nutznießerin“ auf das Bestimmteste ausschließt.

Nicht also auf den Grund der excipiendo erklärten Erbschafts-Repudiation, sondern weil bei dem Mangel einer von Seite der Beklagten bereits erfolgten Erklärung über den Erbschafts-Antritt dieselbe aus dem Nachlasse — als einer haereditas adhuc jacens — noch nicht in Anspruch genommen werden kann, folglich die gegen sie gestellte Klage dermal noch nicht begründet ist, mußte dieselbe von der Einlassung auf die Klage, jedoch bloß zur Zeit entbunden werden, und erst nach Maaßgabe der erfolgenden Erklärung, für den Fall nämlich, daß sie die Erbschaft wirklich antreten sollte, kann sie um die libellirte Foderung in Anspruch genommen werden.

Die Kläger haben zwar replicando behauptet, daß eine wirkliche Erbschafts-Antritts-Erklärung von Seite der Beklagten bereits per modum gestionis pro haerede statt

gefunden habe; allein diese Replik konnte den eventuelen Berufungs-Petiten entsprechend nicht zum Beweise ausgesetzt werden, weil sie, wie bereits der Unterrichter richtig erörtert hat, der erfoderlichen Substanzirung entbehrt.

Da hienach das erstrichterliche Erkenntniß nicht unbedingt, sondern nur mit einer Modification bestättigt werden konnte, so waren die Kosten der Berufungs-Instanz zu compensiren.

L. den 3. Juli 1835.

14.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen zu Recht, daß der beklagte Jos. K. zu H. pcto. nullitatis testamenti von der Nichtigkeits-Klage zu entbinden sey.

Ein Testament ist gültig, wenn auch ein früheres pactum successorium per actum inter vivos entgegensteht, welch. letzteres jedoch nicht obrigkeitlich protocollirt, oder insinuirt ist.

Gründe.

Der nunmehr verstorbene Franz N. hat in dem mit seiner zweiten Gattin am 3. Jan. 1807 errichteten Heiraths-Briefe unter andern die Bestimmung getroffen, daß sein Anwesen mit der Zeit, da kein Kind vorhanden, seinem Taufpathen Joseph K. unmittelbar zum Besitze zufallen solle. In einem spätern am 16. May 1817 zwischen den nämlichen N. und den K. selbst gerichtlich abgeschlossenen Vertrage wiederholte jener nicht nur, daß dem K. das Gut auf sein Ableben zufallen soll, sondern erklärte auch noch, daß K. das Gut um 2200 fl. anzunehmen habe, und im Testamente vom 4. Juni 1817 bestättigte N. die vorausgegangenen zwei Verträge vollkommen, und ernannte den K. zugleich rücksichtlich der ihm

treu geleisteten Dienste und Ergebenheit zum Erben seines ganzen Vermögens gegen die Verbindlichkeit, seinen nächsten Erben 2200 fl. hinauszubezahlen.

Dieses Testament, so wie die zwei erwähnten Verträge will aber Joseph N. aus dem Grunde für ungültig erklären, weil der verstorbene Franz N. schon in früherer Zeit versprochen habe, daß er sein Anwesen dessen Sohne Joseph zum Besitze und Eigenthume gegen an die nächsten Freunde hinauszubezahlende 1800 fl. überlassen wolle und werde.

Das königl. Appellationsgericht, so wie das königl. Landgericht haben dem Joseph N. auferlegt zu erweisen, daß zwischen ihm und seinem Bruder Franz N. dießfalls ein völlig rechtsgültiger **actus inter vivos** zu Stande gekommen sey. Allein wenn auch dieser Beweis vollkommen hergestellt würde, so wäre dadurch nur so viel erwiesen, daß zwischen dem fraglichen Contrahenten ein **pactum succesſorium per actum inter vivos** errichtet, aber noch keineswegs das dargethan, was **sub poena nullitatis** geboten ist, nämlich daß dieses **pactum succeſſ.** obrigkeitlich protocollirt, oder wenigst insinuirt wurde, und eben, weil die Protocollirung oder Insinuirung, wie bei den Ehepacten, noch bei Lebzeiten beider Contrahenten bei Strafe der Nichtigkeit vorgenommen werden muß, so ist für sich klar, daß die Nichtigkeit nach dem bereits erfolgten Tode des Franz N. durch eine nachträgliche Protocollirung nicht mehr geheilt werden kann.

Cod. civ. P. III. cap. 11. § 1. et in notis.

» » » I. » 6. » 29. —

Diese gesetzlichen Bestimmungen sprechen nun die Zwecklosigkeit einer Beweis-Auflage, und damit die Rechtsgültigkeit der von Franz N. gemachten Disposition um so mehr aus, als hiezu der grundherrliche Consens nach **Cod. civ. p. IV. cap. 7. § 12. Nr. 7.** nicht erfoderlich ist.

München, den 16. März 1819.

Graf *la Rosée*, Präsident.

Fränkl, Secr.

15.

Die Ungültigkeit eines Kaufes zweier Aecker wegen Nichteinwilligung der Ehefrau des Verkäufers betr.

— (Vergleiche hiemit die Erkenntnisse Nr. 10, 11 und 12. im ersten Hefte des II. Bandes, S. 112 — 122.) —

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen ꝛc. ꝛc. zu Recht, daß der geschlossene Kaufs- und Veräußerungs-Vertrag für ungültig zu erklären sey.

Gründe.

1. Durch den zwischen den Feuerecker'schen Eheleuten am 4. Juni 1829 errichteten Ehe-Vertrag ist der Klägerin mit grundherrlichem Consense das von ihrem Ehemanne an demselben Tage durch Übernahme an sich gebrachte Anwesen zu Wisselsing und Haid, somit auch der in Frage stehende Theil desselben, in der Art anverheirathet worden, daß sie damit in Hinsicht ihrer Illaten gedeckt und gleiche Mitbesitzerin, nach seinem allenfallsigen Vorabsterben aber alleinige Besitzerin desselben seyn solle.

Ob unter Besitz und Mitbesitz wirklich ein Eigenthum verstanden worden sey, würde der Klägerin zu beweisen nicht schwer fallen, weil der grundherrliche Consens ganz klar darstellt, daß ihr ein wahres Miteigenthum anverheirathet und hiezu die grundherrliche Bewilligung ertheilt worden sey, wovon es (L. R. Th. IV. cap. 7. § 12. Nr. 5.) gesetzliche Folge ist, daß ihr ein Verbietungs-Recht gegen Veräußerung allerdings zustehe. Abgesehen aber auch von diesem Inhalte des grundherrlichen Consenses — weil derselbe im ersten Verfahren nicht beigebracht worden ist — geben schon die einfachen klaren Worte der Ehe-Pacten der Klägerin jenes Verbietungs-Recht durch die Bestimmung, daß sie auf das Vor-

absterben ihres Mannes alleinige Besitzerin des ihr anverheiratheten Anwesens seyn solle. Diese Bestimmung ist ein Erb-Vertrag, von dem ihr Mann einseitig nicht abgehen kann (L. R. Th. III. cap. 11. § 1. Nr. 8, 10 et 11.), besonders da er gerichtlich errichtet wurde.

Das Erb-Recht ist auf einen bestimmten Gegenstand bedungen worden und die Klägerin hat hieraus ein dingliches Recht (Anm. zum L. R. Th. III. cap. 11. § 1. Nr. 6.) erworben, in dessen Kraft sie noch bei Lebzeiten ihres Mannes jede Art Veräußerung hindern kann.

Unverkennbar aber würde der Klägerin Ehemann von dem Erb-Vertrage abgehen, wenn er das Anwesen ganz oder zum Theile veräußerte, weil in diesem Falle die Bedingung gebrochen seyn würde, nach welcher die Klägerin auf dessen Vorabsterben alleinige Besitzerin der beiden Anwesen und so auch seiner Theile seyn sollte.

Daher kommt denn auch dermal darauf Nichts an, in wie ferne der Mitbesitz der Frau während der Ehe ruhe und wie weit durch ihn die sonstigen Verwaltungs-, Nutzungs- und andere Rechte des Ehemannes für beschränkt zu achten seyen.

Ein Widerspruch gegen die Gültigkeit der Heiraths-Abrede und des in derselben enthaltenen Ehe-Vertrages aber liegt von keiner Seite vor, und es mußte sonach, wie geschehen, in der Hauptsache erkannt werden.

2. Über den Antrag der Klägerin aber, den Beklagten in den durch das in erster Instanz verfügte Provisorium erwachsenen Schaden zu verurtheilen, ist Sch. noch nicht gehört worden, und sie hat sich daher mit diesem Antrage, wenn sie damit auszureichen sich getraut, an die erste Instanz zu wenden.

München, am 26. März 1826.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco, Präsid.

Secr. Fränkl.

16.

Über das Honorar eines Massa-Curators.

Im Namen Sr. königl. Majestät.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***-Kreis in der Streitsache des Karl D., gräflich L.'schen Secretärs zu M. als gewesenen Masse-Curators in dem Debitwesen des M. daselbst, gegen diesen und dessen Gläubigerschaft wegen Honorars für die Debitmasse-Verwaltung unter Abänderung des Beschlusses vielmehr Erkenntnisses des königl. Kreis- und Stadtgerichts M. vom 21. Juni l. J. zu Recht:

daß Karl D. als gewesener Masse-Curator in dem Debitwesen des M. für seine Müheverwaltung fünf Procent von der wirklichen Einnahme während seiner Masse-Curatel, sohin von der von ihm wirklich vereinnahmten Gesammtsumme pr. 12487 fl. 5 kr. den treffenden fünfprocentigen Betrag zu 624 fl. 6 kr. als Honorar in Aufrechnung zu bringen und resp. abzuziehen berechtiget sey, dagegen aber mit seiner Mehrfoderung von weitern fünf Procenten abgewiesen werde.

Gründe.

Wenn gleich die Bestimmung des bayer. Landrechts Th. I. cap. 7. § 15. Nr. 5., gemäß welcher ein Vormund von dem Pupillen nach dessen Standes- und Vermögens-Beschaffenheit, dann gehabter Mühe, Verrichtung und Sorge des Vormunds eine proportionirliche Verehrung und Ergötzung zu fodern hat, wenn anders die Vormundschaft redlich, ehrbar und getreulich verwaltet worden, auch auf Personen, welche, ohne Vormund zu seyn, Güter zu verwalten haben, wegen theilweiser Gleichheit des gesetzlichen Grundes analoge Anwendung findet, so ist doch nirgends gesetzlich bestimmt, daß einem Vormund 10 Procent von der Brutto-Einnahme als ein proportionirliches Quantum zuzuerkennen sey, sondern Baron v. Kreitmaier führt in den Anmerkungen zum Land-Rechte nur die Meinung des Baron v. Schmid an, welcher

in seinem Commentar Nr. 13. ad Stat. bav. Tit. V. Art. 14. — 10 Procent der Früchte des pupillarischen Vermögens als ein in Spanien gebräuchliches Recompens der Mühe-Verwaltung eines Tutors für angemessen hält, aber zugleich beifügt, daß der Gesetzgeber Bayerns diesen spanischen Gebrauch gegen die Meinung seiner Räthe nicht gebilliget habe, und daher die Feststellung des Quantums in jedem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen überlassen sey, für welches sowohl nach dem alten als neuen Landrechte die Anhalts-Puncte einerseits in des Pupillen Standes- und Vermögens-Beschaffenheit, und andrerseits in der gehabten größern oder geringern Mühe, Sorge und Verrichtung des Tutors gegeben sind. Wäre aber auch durch eine gesetzliche Vorschrift einem Vormund für seine Verrichtungen, Mühe und Sorge bei einer geführten Vormundschaft ein Honorar von 10 Proc. der wirklichen Einnahme von dem Vermögen seines Pupillen ausgesprochen, so könnte doch ein einfacher Güter-Verwalter, der nicht zugleich Vormund ist, nicht die vollen 10 Procent als ein für seine Mühewaltung angemessenes Honorar in Anspruch nehmen, weil dem Vormund das Honorar nicht bloß für die Verwaltung der pupillarischen Güter, sondern zugleich und hauptsächlich wegen der Mühe und Sorgfalt, welche derselbe auf die Erziehung und Bildung des Pupillen verwenden muß, gesetzlich bewilliget ist, diese Mühe und Sorgfalt aber bei einem einfachen Güter-Pfleger hinwegfallen, weßhalb der gewesene Masse-Curator in dem M.'schen Debitwesen, Karl D., für die Verwaltung der beiden Häuser des M. schon aus diesem Grunde allein keine 10 Procent der wirklichen Einnahmen während seiner Geschäfts-Führung als Honorar in Anspruch nehmen konnte.

Wenn nun übrigens in dem vorliegenden Falle

I. einerseits nicht verkannt werden kann, daß

1. der vormalige Masse-Curator D. die Miethzinse von den beiden Häusern während des sehr gesunkenen Häuser-Werthes beinahe auf den frühern Standpunct zu erhalten gewußt hat, indem von dem Hause in der B.-Strasse fortwährend 3000 fl. jährliche Miethe entrichtet wurden, von

dem Hause in der L.-Strasse aber die Miethzinse während der Administration des D. sich im ganzen nur unbedeutend gemindert haben, und D. auch diese Zinse vom Ziele Michaelis 1835 angefangen jährlich um 12 fl. wieder vermehrt hat,

2. daß derselbe bis zum Ziele Michaelis zwar nicht 590 fl. 48 kr., weil die am 19. und 22. Oct. 1833 bezahlten Ewig-Geld-Gülten schon durch die pro Michaelis eingegangenen Haus-Miethzinse gedeckt werden konnten, doch aber 440 fl. 48 kr. ex propriis zur Entrichtung einiger Ewiggeld-Gülten vorgeschossen und daß

3. D. zwei hochgültige Häuser, von denen die jährliche Miethzinse über 5000 fl. betragen, beinahe volle drei Jahre zu verwalten gehabt und

4. hiemit nach der Natur des Geschäftes, Gänge, Zeitversäumnisse und Schreibereien verbunden gewesen seyen; so darf doch

II. andererseits nicht übersehen werden,

a) daß die von D. administrirten Häuser mit so vielen Schulden belastet sind, daß auch bei dem günstigsten Verkaufe derselben für mehrere Gläubiger eine Verlusts-Gefahr zu befürchten ist,

b) daß die Hypothek-Gläubiger schon seit mehreren Jahren zum Bezuge ihrer Zinse nicht gekommen sind,

c) daß D. bei Erhebung der Miethzinse — außer den Abquittirungen — gar keine Mühe gehabt habe, indem in den beiden Häusern nur sieben und zahlungsfähige Familien gewohnt haben, welche, wie die vom D. abgelegten Rechnungen nachweisen, mit den Miethzinsen niemals im Rückstande geblieben sind und

d) daß auch weder durch die Ausgaben-Rubriken in den gestellten Rechnungen noch durch ein Tagebuch außergewöhnliche und zahllose Gänge, Zeitversäumnisse und Bemühungen bescheiniget worden, im Gegentheile

e) D. bei Entrichtung der Ewig-Gilten der Steuern und andern Abgaben keine besondere Thätigkeit bewährt hatte, indem derselbe während seiner Verwaltung die Wassersteften-Zinse, Steuern und Brand-Assecuranz-Beiträge nur nach

wiederholten gerichtlichen Aufträgen auf die Beschwerden des königl. Stadtrentamtes M. und des Magistrats daselbst und größtentheils erst nach abgelegten Rechnungen und in den letzten Augenblicken seines Abtretens von der Masse-Curatorei abgeführt, mehrere Ewiggeld-Gülten aber immer nur erst nach der zweiten und dritten Ewiggeld-Klage, wie die hierüber vorgelegten Acten nachweisen, entrichtet hat, wodurch für die Debitmasse-Kosten entstanden sind,

f) daß auch die Sorgfalt des D. für die seiner Verwaltung anvertrauten zwei Häuser nicht vollkommen entsprechend gewesen sey, weil er nicht einmal bemerkt hat, daß die kupfernen Rinnen an dem Hause in der B.-Strasse durchlöchert seyen, wodurch das Wasser in das Gesimse gedrungen ist und die Verzierungen ruinirt hat, und daß endlich

g) der Nichtverkauf der beiden Häuser zur Zeit des tiefgesunkenen Häuser-Werthes in M. nicht eigentlich das Verdienst des Masse-Curators D., sondern der Gläubigerschaft ist, welche die beiden Häuser vorläufig nicht zu veräußern sich im gütlichen Wege vereinigt, und was die Ewiggeld-Creditorschaft insbesondere betrifft, die verfallenen Ewig-Gülten nicht mit der gewöhnlichen Strenge des Ewiggeld-Verfahrens verfolgt hat.

III. In Erwägung aller dieser Verhältnisse erscheint nun die Honorar-Foderung des D. zu 10 Procent von der wirklichen Einnahme während seiner Masse-Curatel als übertrieben und die Berufungen des nunmehrigen Masse-Curators vom 26. Juli et pr. d. d. 2. August l. J. und des königl. Advokaten M. de dato et praes. 29. Juli l. J. gegen den Beschluß des königl. Kreis- und Stadtgerichts M. de dato 21. Juni d. J., wodurch dem D. die gefoderten 10 Procent zuerkannt worden, sind daher gegründet, dagegen aber sind für die Mühewaltung des D. als gewesenen Masse-Curators in dem Debitwesen des M. fünf Procent der wirklichen Einnahmen sohin 624 fl. 6 kr. von der während der Administration desselben von ihm wirklich vereinnahmten Gesammt-Summe pr. 12482 fl. 58 kr. als Honorar angemessen.

Es mußte daher unter Abänderung des Beschlusses des königl. Kreis- und Stadtgerichts M. vom 21. Juni l. J. ausgesprochen werden, daß Karl D. als gewesener Masse-Curator für seine Mühewaltung fünf Procent von der wirklichen Einnahme während seiner Verwaltung, sohin von der von ihm wirklich vereinnahmten Gesammt-Summe pr. 12482 fl. 58 kr. den treffenden fünfprocentigen Betrag zu 624 fl. 6 kr. als Honorar in Aufrechnung zu bringen resp. abzuziehen, berechtiget sey, dagegen aber mit seiner Mehrfoderung von weitern fünf Procent abgewiesen werde, wobei es sich übrigens von selbst versteht, daß, wenn D. als Masse-Curator Auslagen für Stempelbögen, die sich zur Verrechnung eignen, gehabt hat, es ihm unbenommen sey, die Vergütung dieser Auslagen aus der Debitmasse des M. noch besonders in Anspruch zu nehmen.

L. den 11. November 1836.

17.

Über Advokaten-Diäten bei Land-Commissionen.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Advokaten v. G. zu St. als gewesenen v. S. Massa-Curators gegen das königl. Appellationsgericht des *** Kreises wegen Deserviten zu Recht:

daß die von dem Advokaten von G. in Ansatz gebrachten Deserviten s. a. zu 568 fl. auf 513 fl. 48 kr. herabzusetzen, und demselben nach Abzug der bereits empfan-

genen 100 fl. mit 413 fl. 48 kr. ausfolgen zu lassen seyen. —

Der Revident wird in sechs Thaler Succumbenz-Gelder verurtheilt.

Entscheidungs-Gründe.

§ 1. Es existirt keine bestimmte Verordnung über den Bezug der den Advokaten bei Landcommissionen gebührenden Diäten, es kann daher das Quantum derselben nur nach analogen Grundsätzen mit Rücksichtsnahme auf die besondern Dienst-Verhältnisse der Advokaten bemessen werden.

§ 2. Nach der General-Landes-Directions-Instruction vom 23. April 1799 gebühren einem Directorial-Rathe außer dem Burgfrieden täglich mit Einschluß eines Bedienten und der Zehrung 8 fl. — dem Landrichter 6 fl. — dem Secretär 5 fl. und dem Canzelliſten 3 fl. 30 kr. —

Das Mandat vom 18. Juli 1800 dehnt diese Verordnung auch auf das Justiz-Personal aus.

§ 3. Allein dieser Maaßstab darf für Advokaten nicht unbedingt zum Grunde gelegt werden, weil ihre Verhältnisse von jenen eines Staatsdieners wesentlich unterschieden sind.

Das erwähnte Mandat vom 18. Juli sagt ausdrücklich, daß die Diäten wegen der verbesserten Besoldung der Justiz-Beamten so geringe festgesetzt worden seyen. Bedenkt man nun, daß sich

1. diese Besoldungen, besonders dermal, ziemlich hoch belaufen,
2. daß Advokaten keine Staatsdiener sind, keine Besoldung genießen, und sich also ihren ganzen Erwerb einzig und allein durch ihre mit großer Verantwortlichkeit verbundenen Kopfarbeiten zu verdienen haben,
3. daß endlich zu geringe Diäten den Verdienst eines Advokaten, den er sich zu Hause erwerben könnte, um so weniger aufwiegen würden, als die freie Verköstigung, besonders bei einem mit Familie versehenen Advokaten in keinen hohen Anschlag gebracht werden kann, so er-

scheint der Betrag von täglich 7 fl. Deputaten nebst freier Verköstung billig und angemessen.

§ 4. Dagegen ist weder eine Verordnung, noch irgend ein rechtlicher Grund vorhanden, durch den sich die Berechnung der Geschäfts-Tage zu 6 oder 8 Stunden rechtfertigen ließ. Der aus manchen hieher nicht passenden Rücksichten eingeführte Geschäfts-Gang mit den Bureau-Stunden leidet hier um so weniger eine Anwendung, als derselbe nicht allgemein eingeführt ist, und weder Justiz- noch Administrativ-Staatsdiener bei Land-Commissionen auf eine gewisse Arbeits-Zeit angewiesen sind; vielmehr verordnet das Mandat vom 4. Jänner 1800 ausdrücklich, daß die Local-Commissarien sich in ihren Geschäften auf einzige 6 Stunden des Tages nicht zu beschränken, oder wenn sie längere Zeit arbeiten, deßwegen nicht mehrere Diäten beziehen sollen, indem dieses ein Unfug sey. Noch weniger läßt sich also dieses bei der wirklichen Reise selbst vertheidigen, wo gar nichts gearbeitet wird.

§ 5. Was das Gefährt-Geld betrifft, so ist es richtig, daß ein Lohnkutscher nicht bloß für Hin- und Herreise, sondern auch für die Warttage bezahlt werden muß, und daß der Betrag dieser Zahlung bei Commissionen, welche nicht sehr lange dauern, geringer ist, als wenn — statt den nämlichen Kutscher kurze Zeit warten zu lassen — wieder ein anderer für Hin- und Zurückreise besonders bezahlt werden müsse.

§ 6. Nach diesen Voraussetzungen passiren also ad I. bei der ersten Rechnungs-Post für 3 Tage 21 fl. Deputaten und 9 fl. Gefährt-Geld, da über das Quantum der Tages-Gebühr nichts eingewendet wurde.

Ad II. Für 6 Tage pr. 42 fl. und 18 fl. Gefährt-Geld; denn wenn schon die Acten zeigen, daß nicht bloß am 18. u. 19. commissionirt wurde, sondern auch schon der 16., 17. Dec. als Tagsfahrt zur Berichtigung der Pacht-Bedingnisse festgesetzt war, so gibt doch v. G. selbst an, daß zu dem ganzen Geschäfte nur 6 Tage nothwendig waren.

Ad IV. Für 6 Tage 42 fl. und 18 fl. Gefährt-Geld.

Ad V. Für 3 Tage 23 fl., weil für den Commissions-Tag keine Zehrung aufgerechnet wurde, — und 9 fl. Gefährt-Geld.

Ad VI. Für 4 Tage 36 fl., worunter jedoch die Zehrung für die 4 Tage mitbegriffen ist, und für Gefährt-Geld 12 fl.

Ad VII. Für 5 Tage 35 fl., und Gefährt-Geld 15 fl.

Die sub Nr. III. für die Billance in Ansatz gebrachten 1 fl. 12 kr. sind unpassirlich, weil sie nur eine Beilage zu einem exhibito ausmachte, in dessen Tax ad 9 fl. — wie am Ende desselben ausdrücklich bemerkt ist, — diese Beilage schon mitenthalten ist.

München, den 4. September 1812.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Graf v. Arco, Präsident.

18.

Execution.

Einweisung in die Besoldungs-Terz — dießfallsiges Vorzugs-Recht des königl. Fiscus.

Erkenntniß.

In Berufungs-Sachen des königl. Kron-Fiscus für den Regen-Kreis wider Franz Paul Sch., Caffétier und Traiteur in M., das Vorzugs-Recht in dem Dritttheils-Abzuge der Secretär v. F.'schen Besoldung betr., erkennt das königl. Appellationsgericht für den Regen-Kreis zu Recht, daß der königl. Fiscus wegen des vom Secretär v. F. von eingehobenen Taxen und Sporteln gemachten Amts-

Hinterstandes von 533 fl. 31 kr. 2 dl. bei dem Abzuge eines Dritttheiles an der Besoldung desselben und zwar vom 27. April 1820, dem Tage der vom königl. Fiscus instituirten Klage an, den Vorzug vor dem Caffétier Sch. habe.

Die Kosten für beide Instanzen werden compensirt.

Entscheidungs-Gründe.

Franz v. F. wurde schon im Jahre 1804 dem Caffétier Sch. an Kostgeld den liquiden Betrag von 248 fl. 48 kr. schuldig. — Im Jahre 1809 wurde v. F. bei dem vormaligen General-Commissariate für den Regen-Kreis angestellt. Als nun derselbe mittels Schuld-Urkunde d. d. 21. October 1815 die Verbindlichkeit mit dem Sch. eingegangen, halbjährig bis zur gänzlichen Tilgung 50 fl. hievon abzutragen, da v. F. der eingegangenen Verpflichtung auf keine Art nachkam, so wurde Debent von dem Sch. am 25. Dec. 1817 wegen dieser Schuld-Post bei dem königl. Stadtgerichte R. verklagt, und in Folge der Verhandlung bei dem Mangel anderer Zahlungs-Mittel in vim executionis der Abzug auf ein Dritttheil von der v. F.'schen Besoldung verhängt, welche Verfügung die königl. Regierung K. d. J. auch am 18. Febr. 1820 an die Cassa ausschrieb.

(Fasc. I. Act. Nr. 30.)

Allein da sich inzwischen durch die gepflogene Untersuchung über das vom v. F. geführte Tax- und Sportelwesen bezeigte, daß derselbe hierin nach seinem Zugeständnisse selbst 533 fl. 31 kr. 2 dl. Amts-Hinterstand machte, so sistirte die königl. Regierung K. d. J. bei dem liquid unbekannten Residuum nach einer getroffenen Verfügung an die Kreis-Cassa vom 3. März 1820 den angeordneten Bezug der Sch.'schen judicatmäßigen Foderung, und die königl. Regierung K. d. J. setzte sich eigenmächtig in den Besitz des Drittel-Abzuges der v. F.'schen Besoldung, und so wurde auf dem Rechts-Wege zwischen dem königl. Kron-Fiscus und dem Caffétier Sch. das betreffende Vorzugs-Recht auf den Drittel-Besoldungs-Abzug durchgeführt, und nach dem gegebenen Sach-Verhältnisse muß Caffétier Sch. im Zuge mit seiner judicat-

mäßigen Foderung dem königl. Kron-Fiscus wegen des gefoderten Amts-Hinterstandes gesetzlich weichen, weil

a) der königl. Kron-Fiscus nach cod. jud. cap. 20. § 8. Nr. 1. wegen der geführten Verwaltung auf das Vermögen des v. F. ein stillschweigendes Pfand-Recht hat, während

b) der Sch.'schen Foderung nach cod. jud. cap. 20. § 12. Nr. 5. nur ein Privilegium personale simplex zur Seite steht, folglich hat der königl. Fiscus bei der Concurrenz der wechselseitigen Immission in Folge der gesetzlichen Bestimmung cod. jud. cap. 18. § 6. Nr. 6. mit seiner liquid nachgewiesenen Foderung Behufs des stillschweigenden Pfand-Rechtes ein stärkeres Recht auf den fraglichen Besoldungs-Abzug erlangt.

Nachdem aber Sch. früher auf rechtliche Weise in den Besitz des Drittels der v. F.'schen Besoldung gekommen, und ohne rechtliche Dazwischenkunft der königl. Fiscus eigenmächtig sich den Besitz des betreffenden Abzuges zueignete, so kann der königl. Kron-Fiscus erst den fraglichen Abzug an der v. F.'schen Besoldung von dem Zeitpuncte der dießfalls wegen des Vorzuges am 27. April 1820 exhibirten Klage geltend machen.

Und nach obigen Prämissen sind auch die Kosten unter den Theilen zu vergleichen gewesen.

Amberg, am 10. Jänner 1821.

19.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen Franz Sch., Caffétier in M., gegen den königl. Fiscus wegen Vorzuges im Genusse des Dritttheils-Besoldungs-Abzuges bei v. F. in R. zu Recht, und bestättigen das vom königl. Appellations-Gerichte des

Regen=Kreises am 10. Jän. 1821 gefällte und am 31. Jän. eröffnete Erkenntniß. Revident Sch. habe 6 Thaler Succumbenz=Gelder zu bezahlen.

Übrigens ist v. F. von diesem Erkenntnisse zur Wahrung seiner allenfallsigen Rechte in Kenntniß zu setzen.

Entscheidungs=Gründe.

Unter Beziehung auf die dem appellationsgerichtlichen Erkenntnisse beigefügten Entscheidungs=Gründe wird hier nur noch bemerkt, daß im gegenwärtigen Urtheile enthaltene Anordnung wegen Ertheilung einer Nachricht von demselben an v. F. aus dem Grunde getroffen wurde, weil durch die Entscheidung des gegenwärtigen nur die Priorität zwischen dem königl. Fiscus und dem Caffétier Sch. betreffenden Streites es dem v. F. nicht benommen ist, seinerseits die allenfalls habenden rechtlichen Einwedungen gegen die Foderung des königl. Fiscus gehörig anzubringen, wenn er sie rechtlich begründen zu können glauben sollte.

München, den 4. August 1821.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Graf v. *la Rosée*, Präsid.

Secr. Fränkl.

20.

Über Immission in den 3ten Theil Besoldungs=Abzug.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Seligmann St., Banquiers von F., Klägers jetzt Revidenten gegen die Johann M.'schen Relicten von R., Beklagten jetzt Revisor wegen Coïmmission

in den Drittel=Gage=Abzug, und bestättigen das Erkenntniß des königl. Appellationsgerichts für den Isar=Kreis de dato 22. Sept. et publ. 9. Oct. 1832, so weit dagegen die Revision eingelegt worden.

Revident St. wird in die Kosten dieser Instanz, und in eine Succumbenz=Taxe von 6 Thalern verurtheilt.

Entscheidungs=Gründe.

§ 1. Der Revident Seligmann St. findet sich durch die Erkenntnisse beschwert, weil durch diese ausgesprochen worden, daß die M.'schen Relicten mit ihrer Foderung in Haupt= und Nebensache zuerst, und vor der Foderung des St. aus den mit Beschlag belegten Gage=Abzügen des R. befriediget werden sollen, und derselbe behauptet, daß ihm nach der Bestimmung der neuen Prioritäts=Ordnung vom 1. Juni 1822 § 23. Nr. 8. et § 24. mit der Foderung der M.='schen Relicten ein gleiches Recht, und eine gleichzeitige Befriedigung pro rata gebühren.

§ 2. Allein die Prioritäts=Ordnung vom 1. Juni 1822 ist nach der Bestimmung des Einführungs=Gesetzes § 18. nur für Fälle anwendbar, wo ein Concurs universalis aut particularis förmlich eröffnet ist, bei welchen besonderen Vermögens=Theilen des Schuldners hienächst ein Particular=Concurs statt findet, ist im § 8. der allegirten Prioritäts=Ordnung Nr. 1 — 7. klar bestimmt.

§ 3. Im concreten Falle ist weder ein Universal= noch Particular=Concurs vorhanden, sondern es handelt sich bloß im Executions=Verfahren, wo zwei Gläubiger ihre liquide Foderungen durch Beschlagnahme der Gehalts=Terz des Schuldners geltend machen, und wo die Execution der einen schon früher, der andern erst später erwirkt hat, sohin der Rechtssatz in Anwendung kommt, qui prior tempore, potior jure.

§ 4. Die Einweisung der rechtskräftigen M.'schen Foderung auf die Gehalts=Terz des Schuldners geschah ursprünglich schon am 10. März 1821, und wurde am 7. Jän. 1831 erneuert; daß inzwischen auch für die Foderung des St. am 5. Nov.

1830 das Gehalts-Drittel des Schuldners mit Beschlag durch Requisition an die Kreis-Casse belegt worden, kann den M.'schen Relicten in keinem Falle präjudiciren, oder eine Coïmmission des St. bewirken, da dieses Beschlagnahms-Decret sub- et obrepetitie, und aus Irrthum erfolgte, und von dem Kreis- und Stadtgerichte M. selbst wieder zurückgenommen und als unnachtheilig für die M.'schen Relicten erklärt worden, und weil hienächst die Anweisung des St. auf die Besoldungs-Terz des R. in Folge des freiwilligen Zugeständnisses desselben, nicht aber in Kraft eines förmlichen richterlichen Erkenntnisses geschehen ist. —

Da auf solche Art die Revisions-Beschwerde als ganz unerheblich erscheint, so mußte Revident auch in die Kosten dieser Instanz verurtheilt werden.

München, den 28. Mai 1833.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Freyherr v. Welden, Präsident.

21.

Über Personal-Arrest.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht M.

Der Personal-Arrest find. auch bei einer noch nicht fällig. Foderung gegen einen Ausländer statt.

Erkennt in Sachen Schneidermeisters H. gegen L. pcto. arrest. auf mündlich erstatteten Vortrag nach collegialer Berathung zu Recht:

„es ist der auf Antrag des Schneidermeisters H. als Kläger gegen den Engländer L. mittels Decrets vom 16. Nov. und 13. Dec. h. J. verfügte Arrest für justificirt zu achten und Beklagter hat alle Kosten zu tragen.

Gründe.

Kläger verlangt für eine Conto-Foderung von 334 fl. 14 kr., welche Beklagter in noch nicht verfallenen Fristen zu bezahlen versprochen habe, agendo entweder sogleich Zahlung oder angemessene Sicherheits-Leistung.

Das erste Petitum muß der Willkühr des Beklagten anheim gestellt bleiben, weil die Zahl-Zeit noch nicht eingetreten ist; das zweite alternative Klags-Petitum aber gründet sich auf die Behauptung, daß Beklagter ein Ausländer sey, und ohne Paß sich hier aufhalte. Diese Behauptung hat sich durch die Correspondenz mit der königl. Polizei-Direction und durch das eigene Zugeben des Beklagten am Verhandlungs-Termine verificirt.

Unter Zugrundlegung der Bestimmungen des Landrechts P. IV. cap. 10. § 7., wornach jeder Debitor auf Begehren des Gläubigers die Schuld bei Vermeidung der Execution zu verbürgen verbunden ist und P. IV. cap. 2. § 3. Nr. 8. et cap. 14. § 9. et in not., wornach Mutuans von dem Mutuario und vielmehr jeder Creditor für den Fall einer zu besorgenden Verlursts-Gefahr oder wegen Verdachts der Flucht Caution fodern kann — dann in Erwägung, daß die in Frage stehende Foderung durch die stipulirte Fristen-Zahlung in ein Mutuum degenerirt ist, stellt sich die Klage auf Zahlung oder Sicherheits-Leistung vollkommen substanzirt dar, und um diese Klage gegen den Beklagten als Ausländer dahier geltend machen zu können, verband Kläger zur Begründung des fori ursprünglich damit den Antrag auf Erwirkung der Beschlagnahme des Passes des Beklagten, und da dieses nicht bewerkstelliget werden konnte, auf Beschlagnahme der Mobiliarschaft pro quantitate und im Nicht-Zureichungs-Falle auf Personal-Arrest unter Erbietung zum Kosten-Vorschusse.

Auf den Grund der hinlänglich bescheinigten Foderung und des Ergebnisses, daß Beklagter als Ausländer ohne Paß sich hier aufhält, ihm auch die Rechte einer diplomatischen Person nicht zukommen, wurde den Anträgen des Im-

petranten schon provisorio modo statt gegeben und es kommt sohin lediglich die Einwendung des Impetraten zu würdigen, daß

1. ein Arrest für eine noch nicht fällige Foderung gesetzlich nicht statt habe,

2. daß Kläger durch die dem Beklagten zugestandene Fristen-Zahlung auf Caution verzichtet habe.

Ad 1. Sucht Impetrat den Grund seiner Rechts-Ansicht in der Stelle cod. jud. cap. 1. § 8. und cap. 8. § 5 et 6., wornach jedes Arrest-Gesuch eine bereits anhängige Schuld-Klage und mithin eine verfallene und dadurch klagbare Schuld voraussetze, zu finden, und Impetrat reflectirt anbei auf den Zweck des Arrestes, welcher lediglich dahin gehe, daß der Schuldner zur Zahlung gezwungen werde und auf die Klage antworte.

Indeß die allegirten Stellen sprechen nirgends von einer anhängigen Schuld-Klage oder verfallenen Foderung, sondern fodern zur Begründung des fori arresti lediglich eine rechtmäßige Foderung und die billige Sorge, daß man solche ohne sonderliche Beschwerde vor der ordentlichen Obrigkeit des Debenten nicht erhalten könne.

Cod. jud. cap. 1. § 8.

Das Erfoderniß einer rechtmäßigen Foderung beengt also ein Arrest-Gesuch nicht nothwendig auf die Zeit der Fälligkeit oder der Rechtskraft.

Der Zweck des Arrestes ist zweifach, entweder den Debenten zur Zahlung zu zwingen, was die Rechtskraft der Foderung voraussetzt, oder ihn eben aus dem Grunde, weil er die Foderung selbst noch nicht einklagen kann oder die Rechtskraft des Zahlungs-Auftrages wegen möglicher Rechts-Mittel noch ferne steht, zur Sicherheits-Leistung aus Gründen, daß die Verfolgung dieses Rechtes erschwert oder gar unmöglich gemacht würde, anzuhalten.

Jeder Titel zur Verfolgung eines im Gesetze gesicherten Rechtes begründet also unter der speciel gegebenen Voraussetzung der bescheinigten Gefährde gegen Ausländer auch das Recht auf Sicherstellung des Vermögens oder der Person,

welche Recht zu geben schuldig ist, d. i. das Recht auf Beseitigung der Gefährde. Dieser Zweck des Arrestes ist daher auch der gewöhnlichste.

Da nun Kläger seine Klage auf Sicherstellung der bescheinigten und implicite vom Beklagten ohne allen Widerspruch anerkannten Foderung, welche sich zur Zeit zu klagbarer Verfolgung auf Zahlung noch nicht eignet, vollkommen substanzirt hat, wie aus den eben angeführten Gesetzesstellen nachgewiesen wurde, so erscheint auch die beantragte Art dieser Sicherstellung mittels Arrest vollkommen begründet.

Selbst aus dem gemeinen Rechte, welches doch den Arrest-Proceß als solchen gar nicht kennt, läßt sich nachweisen, daß die Sicherstellung einer auch noch nicht fälligen exigiblen Foderung im Gesetze begründet ist.

L. 1. D. 42. 4. in welchem Titel von den Ursachen die Rede ist, aus welchen die Einsetzung in den Besitz verlangt werden kann, sagt: „in possessionem mitti valet creditor, etsi sub conditione ei pecunia promissa sit etc. etc.“

Wenn hienach selbst bei bedingten Foderungen die Sicherheit durch Einsetzung in den Besitz verlangt werden kann, um wie viel mehr muß sich dieser Rechtssatz auf unbedingte und bloß auf gewisse, noch nicht eingetretene Zeit zur Zahlung beschränkte Foderungen anwenden lassen?

Vide auch Bayers Vorträge, welcher im summ. Processe § 24., wo er von der Zuläßigkeit des Arrestes spricht, sagt: „ob die Foderung exigibl ist oder nicht, darauf kömmt gar nichts an.“

Wollte man den Arrest bei noch nicht fälligen Foderungen als unstatthaft erklären, so müßte dieses aus denselben Gründen auch bei noch nicht exigiblen, d. h. die Rechtskraft noch nicht erlangten Foderungen geschehen; hiefür existirt aber nicht nur keine positive Bestimmung, sondern der Arrest-Proceß würde auf ein Nichts zurückgeführt werden.

Ad 2. Durch die Annahme von Fristen-Zahlungen, deren Termine noch nicht abgelaufen sind, kann weder ein rechtsförmlicher Verzicht auf die Sicherstellung dieser Fristen noch ein Contract auf Borg mit gleicher Wirkung abge-

leitet werden, da die gesetzlichen Erfodernisse eines rechtsförmlichen Verzichts vom Beklagten nicht dargethan wurden, und der Credit mit der Kunde, daß Beklagter ohne Paß sich hier aufhält und nach Gefallen sich zu jeder Stunde von hier entfernen kann, sich aufhob.

Da nun die Verhandlung vom 14. Dec. l. J. die Justification des Arrestes nicht rechtfertigt, weil sich Beklagter ausdrücklich die richterliche Entscheidung vorbehielt, andrerseits auch das privilegium albertinum nicht zum Entscheidungs-Grunde dienen kann, weil der in concreto geltend gemachte Arrest auch jedem andern zugestanden werden müßte, während das genannte privilegium albertinum nur dann in Anwendung kommen kann, wenn ein Bürger der Stadt München einen andern Bürger oder nicht adelichen Eingebornen mit Arrest verfolgen will, so mußte aus vorstehenden Gründen, wie geschehen, erkannt werden.

Als sachfälliger Theil mußte Beklagter auch in die Kosten verurtheilt werden.

Den 31. December 1833.

22.

Über Reciprocität in Wechsel-Klagsachen.

Unterm 26. Sept. 1825 erkannte das königl. Kreis- und Stadtgericht München als Wechsel- und Mercantil-Gericht I. Instanz ꝛc. ꝛc. ꝛc. zu Recht:

Kläger habe binnen 30 Tagen zu beweisen, daß den bayr. Unterthanen in dem Wohnorte des Klägers bei Mercantil-Streitigkeiten sowohl hinsichtlich des Verfahrens als der Entscheidung die mercantilrechtliche Justizpflege gewährt werde.

Gründe.

Der Handelsmann B. hat dem Kläger K. exceptio deficientis reciprocitatis entgegengesetzt, indem Beklagter widersprach, daß den bayr. Unterthanen in foro domicilii des Klägers in Mercantil-Streitsachen dieselbe Justizpflege zu Theil werde, welche die Hamburger-Kaufleute in dergleichen Sachen hierorts finden.

Nach W. O. cap. 1. § 3. mußte daher bezüglich der beanständeten Reciprocität auf Beweis erkannt werden.

Die Beweis-Last fällt auf den Kläger, da für die Reciprocität keine Vermuthung streitet, da ferner dem Kläger obliegt, die Competenz des implorirten Gerichts zu rechtfertigen und sohin diejenigen Thatsachen, von welchen die Zuständigkeit des Gerichts abhängt, zu erproben.

Bei diesem Beweise kommt es nicht etwa darauf an, ob in Hamburg ebenfalls ein gesondertes Wechsel- und Mercantil-Gericht besteht, sondern das Entscheidende liegt vielmehr darin, ob bayerischen Unterthanen in dem Wohnorte des Klägers bei Mercantil-Streitigkeiten in Ansehung des Verfahrens und der Entscheidung die mercantilrechtliche Justizpflege gewährt wird.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß hiebei, was die einzelnen Bestimmungen des Mercantil-Rechts und Mercantil-Processes anbelangt, von einer durchgängigen Übereinstimmung der ausländischen Gesetze mit den dießländischen keine Rede seyn kann.

Aus diesen Gründen mußte auf Beweis, wie geschehen, erkannt werden.

23.

Auf hiegegen von beiden Theilen eingelegte Berufung erkannte das königl. Appellationsgericht des Isar-Kreises als Wechsel- und Mercantil-Gericht II. Instanz zu Recht:

a) Kläger B. K. habe binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist zu beweisen,

1. daß in dem Wohnorte des Klägers ein ausgezeichnetes, von dem ordentlichen Processe abweichendes Verfahren in Mercantil-Streitsachen bestehe und

2. daß sich dessen auch bayer. Unterthanen gegen Hamburger in Mercantil-Streitsachen daselbst zu erfreuen haben.

Gründe.

Nach Wechsel-Ordnung cap. 1. § 2. ist das hiesige Wechselgericht zugleich auch ein Mercantil-Gericht, sohin eine privilegirte Instanz in Mercantil-Streitsachen der Kaufleute unter sich, und nach § 3. sollen diesen privilegirten Gerichtsstand auch jene ausländische Kaufleute, in deren Wohnort das Reciprocum beobachtet wird, dahier zu genießen haben.

Daß in Hamburg ein derlei Reciprocum bestehe, wird vom Beklagten widersprochen, daher dem Kläger allerdings obliegt, den Beweis zu führen, um so mehr, als von diesem Beweise die Competenz des Mercantil-Gerichts abhängt, welche Kläger jedenfalls auf Widersprechen zu rechtfertigen hat.

Die erste Instanz hat daher ganz dem Gesetze conform ihm den Beweis aufgetragen; allein das Beweisthema erscheint in dem Ausdrucke: „daß den bayer. Unterthanen in Hamburg die mercantilische Justizpflege wie hier angedeiht werde," zu unbestimmt, daher mußte deßfalls, wie geschehen, dasselbe näher normirt und dem Kläger bezeichnet werden, was er zu erweisen habe.

München, den 5. December 1825.

Den ihm auferlegten Beweis führte Kläger durch Vorlage folgender zwei Zeugnisse:

1.

Wir Bürgermeister und Rath der freien Hanse-Stadt Hamburg bezeugen hiemit, daß die hiebei angefügte Handels-Gerichts-Ordnung vom 15. Dec. 1815 hieselbst noch in viridi

observentia sey, und zum Nachtheile fremder, folglich auch bayer. Unterthanen kein die Rechtspflege verzögernder Unterschied mit Hamburgischen Bürgern bestehe. Urkundlich unsers hierunten gedruckten gewöhnlichen Stadt-Secret-Siegels.

Actum den 27. Januar 1826.

Ex commissione amplissimi Senatus Hamburg.

(L. S.) H. Heise,
Secretarius subscripsi.

2.

Von Seite des k. b. General-Consulats wird hiemit auf geziemendes Ansuchen die Richtigkeit vorstehenden von dem Hrn. Secretär D. J. H. Heise in Auftrag und im Namen des Senats der freien Hanse-Stadt Hamburg ausgestellten Documents anerkannt, damit demselben da, wo es nöthig ist, völliger Glauben beigemessen werden möge. So geschehen in

Hamburg, am 1. Februar 1826.

Se. königl. Majestät General-Consul bei der freien Hanse-Stadt Hamburg ꝛc. ꝛc. ꝛc.

(L. S.) Fried. v. Hildebrand.

Diese Beweisführung erkannte das königl. Wechsel- und Mercantil-Gericht I. Instanz als genügend, und sprach aus:

daß die vom Beklagten vorgebrachte Einrede der mangelnden Reciprocität zu verwerfen, und

derselbe schuldig sey, sich auf die vorliegende Klage beim königl. Wechsel- und Mercantil-Gerichte einzulassen.

Gegen dieses Erkenntniß legte Beklagter Berufung ein, in welcher er über die kläger'sche Beweisführung nachstehende Einwendungen vorbrachte.

Nach dem höchsten Erkenntnisse vom 5. Dec. v. J. hat Appellat zu beweisen, daß

1. in seinem Wohnorte ein ausgezeichnetes von dem ordentlichen Processe abweichendes, beschleunigtes Verfahren in Mercantil-Streitigkeiten bestehe und

Bayerische Staatsbibliothek München

2. daß sich dessen auch bayer. Unterthanen gegen Hamburger in Mercantil-Streitsachen zu erfreuen haben.

Diesen Beweis suchte derselbe durch zwei Zeugnisse und wie ich aus den Entscheidungs-Gründen des gravirlichen Erkenntnisses entnehme, durch die vorgelegte Handelsgerichts-Ordnung von Hamburg zu erweisen.

Hinsichtlich der erwähnten zwei Zeugnisse habe ich mich schon in meiner Eingabe vom 21. Jän. l. J. und in meinem Exceptions-Recesse vom 18. v. M. erklärt und gezeigt, daß selbe schlechterdings nichts beweisen; ich beziehe mich daher auf diese beiden Actenstücke, und füge zur Widerlegung der deßfallsigen erstrichterlichen Entscheidungs-Gründe ehrfurchtsvollst noch Folgendes bei:

Alles, was im höchsten Erkenntnisse vom 5. Dec. v. J. zum Beweise ausgesetzt ist, muß bis auf Ein Wort erwiesen seyn, wenn Appellat den ihm auferlegten Beweis richtig geliefert haben soll.

Da nun Appellat nach den erstrichterlichen Entscheidungs-Gründen weiter nichts erwiesen hat, als daß zu Hamburg in Mercantil-Streitsachen ein beschleunigtes Verfahren statt finde, das höchste Erkenntniß vom 5. Dec. v. J. aber zu beweisen aufträgt, daß daselbst in Mercantil-Sachen ein ausgezeichnetes, von dem ordentlichen Processe abweichendes, beschleunigtes Verfahren bestehe, so läßt sich schlechterdings nicht behaupten, daß Appellat den ihm auferlegten Beweis geliefert habe, zumal aus den angelegten zwei Zeugnissen, namentlich aus dem vom 8. April v. J. keineswegs zu entnehmen ist, daß in Hamburg in Mercantil-Sachen ein solches Verfahren bestehe, wie das höchste Erkenntniß vom 5. Dec. v. J. verlangt.

Die vorgelegte angebliche Handelsgerichts-Ordnung beweist schlechterdings gar nichts; denn

a) aus ihr läßt sich nicht entnehmen, was das höchste Erkenntniß vom 5. Dec. v. J. verlangt, weil Gegnerscherseits zugleich auch dargethan hätte werden sollen, worin das Verfahren im ordentlichen Processe zu Hamburg bestehe.

Bayerische Staatsbibliothek München

Nur durch Vergleichung des Verfahrens im ordentlichen Processe und des in Mercantil-Streitigkeiten läßt sich entscheiden, ob letzteres wirklich so ist, wie es nach dem höchsten Erkenntnisse vom 5. Dec. v. J. beschaffen seyn soll.

Eine solche Darlegung ist Zeuge der Acten Gegnerischerseits nicht geschehen, und folglich kann die angebliche Hamburger-Handelsgerichts-Ordnung für sich allein nichts beweisen.

b) Diese Handelsgerichts-Ordnung ist augenscheinlich weiter nichts, als ein Particular-Statut, da es sich lediglich nur auf eine Stadt bezieht, **cod. civ. P. I. cap. 2. § 13. in princ.**

In Ansehung dieser Particular-Statuten verordnet die G. O. **cap. 9. § 3. Nr. 2. et in not. lit. b.**, daß sie mehr **pro rebus facti als juris** gehörig bewiesen seyn müssen, falls sie Glauben verdienen sollen.

Wie nun dieser Beweis geliefert werden müsse, ist in **cod. civ. P. I. cap. 2. § 13. Nr. 4. et in not. Nr. 3. 4. 5.** enthalten.

Daß aber Gegnerischerseits hinsichtlich des fraglichen Hamburger-Statuts der erfoderliche Beweis auf die gesetzliche vorgeschriebene Weise geliefert worden wäre, ist nicht der Fall, und so beweist auch die angebliche Hamburger-Handelsgerichts-Ordnung nichts.

Meine Beschwerde erscheint sonach vollkommen gegründet ꝛc. ꝛc.

Das königl. Wechsel- und Mercantil-Gericht II. und letzter Instanz erkannte aber:

daß das Erkenntniß des königl. Wechsel- und Mercantil-Gerichts I. Instanz zu München vom 24. April publ. 2. Mai l. J. aus den angeführten Entscheidungs-Gründen zu bestättigen sey.

24.

Über die Competenz der adelichen Gantirer.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht *

Ob sie auch noch statt findet, ungeachtet die Verfassungs-Urkunde im Edicte üb. d. Adel keine ausdrückliche Erwähnung davon macht?

Erkennt in der Streitsache des Freyhrn. von ** gegen seine Gant-Gläubiger wegen Competenz für Recht:

Die Beklagten seyen schuldig:

1. dem Herrn Kläger auf seine Lebens-Dauer eine Competenz zu reichen, und zwar

2. nebst dem unentgeltlichen Genusse der freien Wohnung in dem Schlosse jährlich an baarem Gelde 1656 fl. in Quartals-Raten von dem Zeitpuncte der in Beschlag genommenen Renten der Güter und durch die Guts-Administration zahlbar, jedoch nach Abrechnung der vom Herrn Kläger bereits erhaltenen 1000 fl.; — ferner

3. haben die Creditoren bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Quantum der Competenz dem Freyherrn v. *** eine provisorische jährliche Competenz von 1200 fl. in Quartals-Raten durch die Guts-Administration zahlbar, ausfolgen zu lassen.

4. Die auf vorliegende Streitsache erlaufenen sämmtlichen Kosten sind von den Beklagten resp. aus der Concurs-Masse zu vergüten.

Gründe.

Ad 1. Freyherr v. *** nimmt als Adeliger eine Competenz in Anspruch, wogegen aber die beklagte Creditorschaft die Behauptung aufstellt, daß durch die Constitution für das Königreich Bayern vom 26. Mai 1818, besonders durch das Edict über den Adel Beilage V. Tit. II. und durch Tit. V. § 4. die dem Adel gebührenden Vorzüge und Privilegien namentlich aufgeführt seyen, hierin aber von dem Beneficio competentiae für den Adel im Allgemeinen keine Erwähnung geschehe, sohin die frühere Bestimmung der Gerichts-Ordnung cap. 18. § 10. als aufgehoben zu betrachten sey.

Richtig ist, daß unter den in der Constitution ausgesprochenen Vorzügen des Adels nicht auch die Competenz aufgeführt wurde, und es frägt sich demnach nur, ob die Bestimmung der Gerichts-Ordnung als derogirt erscheint?

Die Aufhebung eines Gesetzes sowohl in Ansehung aller Unterthanen oder nur Einzelner kann nicht allein ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen, wogegen ein Particular-Statutum, Privilegium oder Gewohnheit durch ein folgendes General-Gesetz nicht aufgehoben wird, es müßte nur von jenen besondere Erwähnung hierin geschehen, oder die Clausula: „Omnium anteriorum jurium tam generalium, quam specialium“ mit einverleibt werden.

Cod. civ. P. I. cap. 1. § 12.

Stillschweigend wird ein früheres Gesetz durch die Gewohnheit aufgehoben, was jedoch im concreten Falle nicht Eingang finden kann; denn bis zum Erscheinen der Constitution vom Jahre 1818 hat gewiß Niemand ein Bedenken getragen, dem Adel das Beneficium competentiae zu ertheilen, und seit dieser Periode sind keine 30 Jahre verflossen, während welcher dem Adel keine Competenz mehr zu Theil wurde, sohin konnte durch ein Gewohnheits-Recht die erwähnte Bestimmung der Gerichts-Ordnung nicht aufgehoben werden. **L. c. dann Cod. civ. P. I. cap. 2. § 15. Nr. 3.**

Die Constitution vom Jahre 1818 ist ein allgemeines (genereles) Gesetz, welches über die Aufhebung der Competenz weder speciele Erwähnung macht, noch die allgemeine Clausel der Aufhebung sämmtlicher früheren Gesetze enthält.

Es ist demnach nicht anzunehmen, daß die Gerichts-Ordnung in Beziehung auf die Competenz **cap. 18. § 10.** weder ausdrücklich, noch stillschweigend aufgehoben ist, und deßhalb hat Freyherr v. *** auch Competenz anzusprechen.

Das Edict über Familien-Fideicommisse spricht **§ 53.** den Fideicommiß-Besitzern das Recht der Competenz ausdrücklich zu; hieraus kann aber wohl nicht gefolgert werden, daß dem übrigen Adel, welcher nicht im Besitze von Familien-Fideicommissen ist, keine Competenz gebühre, weil, wie schon erwähnt, selbe nicht speciel abgesprochen wurde, und

sie auch als ein Privilegium, wie sich Cod. jud. l. c. Nr. 2. mit den Worten ausdrückt:

„Mithin das Privilegium nicht über die Gebühr ausdehnt," durch ein allgemeines Gesetz (Constitution) nicht aufgehoben werden kann, wenn nicht ausdrücklich in demselben die Aufhebung festgesetzt wurde.

Ad 2. Der Herr Beklagte gesteht selbst zu, daß er so lange keine Competenz aus den Renten von *** in Anspruch nahm, als er noch im ungestörten Genusse der Renten von *** war; seine Klage-Bitte geht auch lediglich dahin, ihm aus den Guts-Renten von *** jährlich 3000 fl. als Competenz anzuweisen.

Nach dem von einer Commission des königl. Kreis- und Stadtgerichtes hergestellten Entwurfe über die Renten der Baron von ***'schen Lehen-Güter betragen selbe jährlich 11,508 fl. 20 kr., und nach Abzug der sämmtlichen Ausgaben von 6539 fl. 55 3/8 kr. werfen diese Güter eine reine Jahres-Rente von 4968 fl. 25 kr. ab.

Aus diesen Renten spricht Freyherr von *** 3000 fl. Competenz an, und der Überrest mit nur betragenden 1968 fl. sollte der Concurs-Masse zufallen.

Obwohl von den Creditoren nicht widersprochen wurde, daß Freyherr v. *** von Adel ist, daß er außer den Lehen-Gütern, deren Renten jedoch zur Masse gezogen sind, kein Vermögen besitzt, daß er nebst seiner Gemahlin noch ganz unversorgte Kinder zu ernähren hat, daß er selbst nebst einer seiner Töchter stets ärztlicher Hülfe bedarf, so kann doch die Menge der von ihm contrahirten Schulden und das mißliche Schicksal, welches viele und darunter mehrere arme Creditoren trifft, nicht unberücksichtiget bleiben, und seine Angabe, daß er an seiner Unvermögenheit keine Schuld trage, nicht so unbedingt als richtig angenommen werden.

Wenn auch die Allodial-Güter *** schon damals, als sie der gegenwärtige Herr Cridar übernahm, mit bedeutenden Schulden belastet waren, so wäre es ihm frei gestanden, die Übernahme zu verweigern, als vielen Creditoren ihr Vermö-

gen zu schmälern, was doch offenbar nur durch die später contrahirten Schulden geschah.

Im ersten Edicts-Termine wurden über 300/m Gulden Passiven liquidirt ausschlüßig der Zinsen, welche sich von diesen Capitalien jährlich, wenn man auch nur 4 o/o annehmen will, da doch beinahe sämmtliche Hypothek-Schulden zu 5 o/o stipulirt wurden, auf die enorme Summe von mehr als 12000 fl. berechnen, während die sämmtlichen Allodial- und Lehen-Güter eine jährliche Erträgniß von 8 — 9000 fl. geben, und hievon sollte noch dem Herrn Kläger die Competenz gereicht werden. Während die Allodial-Güter nach einem vom dießseitigen Gerichte im Jahre 1823 hergestellten Guts-Anschlage auf 295/m fl. gewerthet wurden, belaufen sich die auf diesen Gütern angemeldeten Capital-Schulden sammt Zinsen auf mehr als 400/m fl., so daß bei einem vom Staate gemachten Kaufs-Angebote auf die Allodial-Güter von 215,000 fl. unter Berücksichtigung der Zinsen-Wachsung ein Verlurst von wenigstens 150/m fl. von den Gläubigern mit vollem Grunde erwartet werden muß.

Da nun die Erträgnisse nach Hinwegrechnung der sämmtlichen Ausgaben aus den Lehen-Gütern gerichtlich auf 4968 fl. 25 kr. berechnet wurden, so dürfte der dritte Theil hievon mit 1656 fl. jährlich nebst freier Wohnung im Schlosse als Competenz-Genuß für Freyherrn von *** hinreichend seyn, womit bei kluger Wirthschaft die nöthigen Bedürfnisse dieser Familie gedeckt werden können, besonders wenn man erwägt, daß es viele Familien gibt, welche, vom gleichen Adel und der nämlichen oder einer größeren Anzahl von Kindern, ungeachtet eines schuldenfreien Eigenthumes sich einer solchen Jahres-Rente, wie sie dem Herrn von *** zugesprochen wurde, nicht zu erfreuen haben, und zudem die Gerichts-Ordnung cap. 18. § 10. Nr. 2. ausdrücklich bestimmt, daß das Privilegium (Beneficium competentiae) nicht über die Gebühr ausgedehnt, sondern, so viel immer möglich, eingeschränkt und hierunter jederzeit mehr dem Gläubiger, als dem Schuldner, zum Beßten gehandelt werden soll. Der Bitte des Herrn von ***, ihm außer der freien Wohnung

und jährl. Geld=Rente noch den unentgeltlichen Holz=Bedarf zuzusprechen, kann nicht mehr statt gegeben werden, da der obige Ausspruch als sehr hinreichend erscheint.

Diese Competenz pr. 1656 fl. hat Herr Kläger durch die Guts=Administration in Quartals=Raten von dem Zeitpuncte an zu beziehen, als die Renten mit Beschlag belegt wurden.

Hievon sind aber jene 1000 fl. in Abzug zu bringen, welche Freyhr. v. *** mit Einwilligung der Gläubiger von der eben erwähnten Guts=Administration bereits erhalten hat.

Ad 3. Da einmal angenommen wurde, daß Freyherr von *** berechtiget ist, eine Competenz zu fodern, so muß auch seiner Bitte, ihm bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Quantum provisorische Competenz auszusprechen, entsprochen werden, welche allerdings nach dem Verhältnisse jener Summe, die dem Herrn Kläger auf seine Lebensdauer zuerkannt wurde, auf 1200 fl. festzusetzen ist, und auf gleiche Weise, wie obige 1656 fl. in Quartals=Raten durch die Guts=Administration zu bezahlen kommen, jedoch nicht nach dem Antrage des Klägers anticipando, weil sich nach Cod. jud. cap. 18. § 10. Nr. 6. das Beneficium competentiae weder auf des Schuldners Erben oder Nachkommen ꝛc. erstreckt, sohin mit dem Tode desselben aufhört und die Gant=Masse keinen Rückersatz zu hoffen hätte, wenn Freyherr von *** am Anfange eines Quartales oder vor Ablauf desselben mit Tod abgehen würde.

Ad 4. Da Herr Kläger zum Streite hinreichende Ursache hatte, auch nur zu seinen Gunsten entschieden worden ist, so haben die sämmtlichen Kosten die Creditoren zu tragen, vielmehr sind solche aus der Masse zu bestreiten.

Es mußte demnach, wie geschehen, erkannt werden.

Den 14. August 1829.

25.

Im Namen ꝛc.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***-Kreis in des Freyherrn von ***'schen — Schuldenwesen — dermal dessen Competenz betr., zu Recht:

1. daß das erstrichterliche Erkenntniß vom 14. und eröffnet am 27. August 1829, so weit dagegen appellirt worden, in dem ersten und dritten Entscheidungs-Puncte zu bestättigen, dagegen

2. die Entscheidung über ein definitives Competenz-Quantum zur Zeit ausgesetzt zu lassen, bis das Prioritäts-Erkenntniß gefällt und die sämmtlichen Concurs-Acten vorgelegt seyn werden; endlich

3. die Kosten der Berufung zu vergleichen seyen.

Entscheidungs-Gründe.

Ad 1. So wenig des Gemeinschuldners Adelstand, eben so wenig zweifelhaft ist es, daß ihm als wirkl. Adeligen Cod. jud. cap. 18. § 10. Nr. 1. eine Competenz gebühre. Es scheint zwar dieser Gesetzes-Stelle die Verfassungs-Urkunde Tit. V. § 4. und das Edict über den Adel (V. Beil. zur Verfassungs-Urkunde) derogatorisch entgegen zu stehen, indem unter den in einem wie in dem anderen aufgezählten Vorrechten des Adels des Rechtes der Competenz keine Erwähnung geschieht, vielmehr das Edict über die Familien-Fideicommisse (VII. Beilage zur Verfassungs-Urkunde) § 53. dieses Recht ausdrücklich nur den Familien-Fideicommissarien zuschreibt. Allein dagegen ist zu erwägen

1. daß die Verfassungs-Urkunde und das Edict über den Adel (a. a. O.) eigentlich nur von den politischen oder öffentlichen (staatsrechtlichen) Vorzügen des Adels, der bekanntlich eine den neueren Zeit-Verhältnissen mehr angepaßte Regeneration erlitten hat, nicht aber von privatrechtlichen Wohlthaten, welche das zeither geltende Civil-Gesetzbuch für einzelne Fälle darbietet, handelt. Es sind daher jene staats-

rechtlichen Grund-Normen für den hier gegebenen privatrechtlichen Fall von keinem Einflusse, um so weniger

2. als die Vorschrift Cod. jud. cap. 18. § 10. Nr. 1., wo neben den Adeligen auch der in höheren Würden Stehenden, der Gemeinden, der Verwandten ꝛc. Erwähnung geschieht, lediglich, wie schon der Eingang des § andeutet, eine Rechts-Wohlthat fern von irgend einem politischen Vorzuge beabsichtet.

Die besagten staatsrechtlichen Grund-Normen

3. erwähnen auch anderer Rechts-Wohlthaten, wie sie Minderjährigen, Erben u. dgl. vielfältig zukommen, mit keiner Sylbe, und es würde sich dessenungeachtet der Schluß nicht rechtfertigen lassen, daß auch diese den Adeligen in den gesetzlichen vorausgesetzten Fällen deßhalb nicht zustehen; denn immerhin

4. behauptet der im Cod. civ. P. I. cap. 1. § 12. ausgesprochene Grundsatz seine Anwendbarkeit, daß nämlich ganz besondere Rechts-Normen durch allgemeine Gesetze nicht schlechthin, sondern nur in so ferne aufgehoben werden, als der Gesetzgeber diese Absicht bestimmt ausgedrückt hat.

Diesemnach unterliegt es keinem Zweifel, daß der Gemeinschuldner eine Competenz überhaupt in Anspruch nehmen könne, und sohin die in Nr. 3. des erstrichterlichen Erkenntnisses getroffene Provisional-Verfügung um so mehr zu bestättigen sey, als dagegen nach Cod. jud. cap. 15. § 3. Nr. 2. eine Berufung nicht statt findet.

Ad 2. Die Gesetze, obschon Competenz-Puncte, wie der vorliegende, unter die Categorie von Alimentations-Sachen gehören, deßhalb, so viel das Verfahren darüber betrifft, begünstiget sind, und schleunig entschieden werden sollen, fodern dessenungeachtet nach Cod. jud. cap. 18. § 10. Nr. 2. eine vollständige Erwägung aller und jeder concurrirenden Verhältnisse, um ein definitives Erkenntniß darüber zu erlassen; denn dieses soll den sich auf jeden Fall entgegenstrebenden Interessen der Gläubiger und des Gemeinschuldners zusagen; insbesondere soll neben dem Familien-Verhältnisse des Competenz-Suchers auch wohl erwogen werden, was nach Abzug der gebetenen Competenz zur Befriedigung der

Gläubiger noch übrig bleibt, und dabei unter möglicher Beschränkung jederzeit mehr das Beßte der Gläubiger, als des Schuldners, berücksichtiget werden.

In dem vorliegenden Falle wird die Competenz von dem Gemeinschuldner aus den Lehen-Gütern in Anspruch genommen.

Die Acten geben, daß diejenigen Gläubiger, welche bei Vertheilung des Kauf-Schillinges aus den Allodial-Gütern leer ausgehen, aus den Lehen-Früchten allmählig befriediget werden sollen.

Es treten sonach in dieser Beziehung die Gläubiger besagter Art mit einander in Concurrenz; — dieses Concurrenz-Verhältniß muß näher geprüft und das Resultat nach distributiver Rechts-Maxime ausgemittelt werden.

Die Bedingungen einer solchen Ausmittelung sind einerseits eine ganz verläßige Fassion der reinen Guts-Rente der Lehen-Güter, andererseits die Herstellung eines unbezweifelten Standes der Quantität und Qualität derjenigen Foderungen, welche aus dem Kauf-Schillinge für die Allodial-Güter keine Befriedigung erhalten und deßhalb auf die Lehen-Früchte hinübergewiesen werden. Daß dabei die Größe der Zahlungen und der Verlurste mit erwogen werden müsse, um die Größe der gefoderten Competenz zu normiren, damit dem Interesse der Gläubiger eben so wenig, als den billigen Ansprüchen des Schuldners zu nahe getreten werde, fällt nach Cod. jud. cap. 18. § 10. Nr. 2. von selbst in die Begriffe.

Nun sind aber alle diese nicht zu umgehenden Bedingnisse in den vorliegenden Acten nicht erläutert; — diese Erläuterung bieten aber mit aller Wahrscheinlichkeit die allgemeinen Concurs-Acten und das aus solchen zu schöpfende Prioritäts-Erkenntniß dar; demnach kann ohne umfassende Erwägung der Letzteren wenigstens über die Quantität der Competenz definitiv nicht erkannt werden.

Wenn also auch gleich der Gemeinschuldner Cod. jud. cap. 3. § 3. Nr. 4. für sich hat, daß der von ihm angeregte Competenz-Punct als eine Alimentations-Sache ohne Schriften-Wechsel mit summarischer Einsicht vorzugsweise von den

Gerichten erlediget werden soll, so ist doch hier das von demselben beantragte für seine Lebens-Tage geltende definitive Competenz-Erkenntniß von einer Provisional-Verfügung zu unterscheiden.

Letztere ist bereits getroffen und es kann sonach Gemein-Schuldner mit Recht nicht behaupten, daß er sich ohne allen Unterhalt befinde, zumal nach Cod. jud. cap. 18. § 10. Nr. 1. nur die Lebens-Nothdurft der nächste Anhalts-Punct der Ausmittelung einer Provisional-Competenz ist, und dieser in dem bereits ausgesprochenen jährlichen Bezuge von 1200 fl. seine einstweilige Befriedigung allerdings finden dürfte. Bei dieser letzten actenmäßigen Bedingniß der Sache ist für den Gemeinschuldner die definitive Entscheidung über eine Competenz- und Lebens-Quote weit weniger ein so dringendes Bedürfniß, als für die Creditorschaft die baldige Fassung des Prioritäts-Erkenntnisses, weil mit jedem Tage der Schulden-Stand wächst und der Activ-Stand sich mindert.

Es entspräche daher der Zweckmäßigkeit der Rechtspflege keineswegs, wenn zur Fassung eines definitiven Erkenntnisses über die Competenz-Quantität sämmtliche Concurs-Acten abgefodert und hiedurch das Prioritäts-Erkenntniß ungeachtet dessen allgemeinen Interesses hingehalten würde.

Ad 3. Die Kosten dieser Instanz, da beide Theile die Berufung ergriffen haben, eignen sich nach Cod. jud. cap. 12. § 4. zur Vergleichung.

Am 29. Januar 1830.

26.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Freyherrn v. *** gegen seine Gläubiger wegen Competenz zu Recht und bestättigen das von dem königl. Appellationsgerichte für den *** Kreis am 29. Januar d. J. erlassene und am 7. Februar eröffnete Erkenntniß im ersten Puncte, gegen welchen allein die Revi-

sion ergriffen wurde, mit Verurtheilung der revidentischen Freyherrn v. ***'schen Gläubiger in die Kosten dieser Instanz und in 6 Thaler Succumbenz-Strafe.

Entscheidungs-Gründe.

Die Verfassungs-Urkunde des Königreiches vom 26. Mai 1818 und die dazu gehörigen constitutionelen Edicte enthalten das öffentliche Recht des Königreiches Bayern. Die Verfassungs-Urkunde und das Edict über den Adel haben sohin nur die Vorzüge, die der Adel in staatsrechtlicher Hinsicht zu genießen hat, festgesetzt; über die besonderen Privatrechts-Verhältnisse, welche den Adeligen einer Partei gegenüber zustehen, enthalten sie keine Bestimmungen.

Diese gehören in das Privat-Recht, welches ein Gegenstand des bürgerlichen Gesetz-Buches ist.

Insbesondere sind dahin die Bestimmungen gehörig, welche Schuldner in Concurs- oder Executions-Fällen von ihren Gläubigern eine Competenz fodern können.

Nach der Verfassungs-Urk. Tit. VIII. § 7. soll für das ganze Königreich ein und dasselbe bürgerl. Gesetz bestehen.

Dieses ist noch nicht erschienen.

Es sind also zur Zeit noch bei Entscheidung der Privat-Rechts-Verhältnisse die dermal noch bestehenden verschiedenen bürgerl. Gesetze und die Gerichts-Ordnung in so weit dieselbe nicht bloß das Proceß-Verfahren bestimmt, sondern auch über die Rechte der Parteien selbst gesetzliche Bestimmungen enthält, zur Anwendung zu bringen, da in dem constitutionelen Edicte über den Adel in Hinsicht der Rechts-Wohlthat der Competenz Nichts vorkömmt.

Nebstdem setzt aber auch das Gesetz vom 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der G. O. betr., § 38. fest, daß es in allen durch dieses Gesetz nicht abgeänderten Puncten bei der Gerichts-Ordnung und den bestehenden Verordnungen bis zu derselben allgemeinen Revision sein Verbleiben haben soll.

Hienach hat es also bei den Bestimmungen der G. O. cap. 18. § 10. wegen der Competenz der Schuldner sein Verbleiben, weil dieselben durch keine spätere Verordnung

abgeändert oder ausdrücklich aufgehoben worden sind, und ein Special-Gesetz oder Privilegium durch ein allgemeines Gesetz nach dem Cod. civ. Th. I. cap. 1. § 12. nicht aufgehoben wird, wenn hierin von jenem nicht besondere Erwähnung geschieht, oder nicht besonders angeführt ist, daß durch dieses allgemeine Gesetz alle früheren sowohl allgemeinen, als besonders gesetzlichen Bestimmungen aufgehoben seyn sollen.

Da aber dem Freyherrn von *** nach der G. O. cap. 18. § 10. Nr. 1. eine Competenz gebührt, so mußte das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 29. Januar d. J. im ersten Puncte, gegen welchen allein von den Creditoren die Berufung ergriffen wurde, bestättiget und die Revidenten in die Kosten dieser Instanz verurtheilt werden.

München, den 10. Juli 1830.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L.S.) Ritter v. Popp, Director.

Secr. Fränkl.

27.

Zoll-Defraudation betreffend.

Seine königliche Majestät.

Wenn d. Spediteur ein blosses Durchgangs-Gut unrichtig declarirt, so macht er sich dadurch keiner Defraudation schuldig.

Erkennen in der Untersuchung gegen die Handlung Joh. Conr. C. in N. wegen unrichtiger Declaration des Inhaltes eines Collo mit Baumwollen-Waaren resp. wegen Zoll-Defraudation zu Recht, daß die der Übertrettung der Zoll-Ordnung durch falsche Declaration der Waare angeschuldete Handlung Joh. Conr. C. von der gegen sie erkannten Strafe und den ihr überbürdeten Kosten freigesprochen werde.

Gründe.

a) Unter der Addresse des Handlungs-Hauses Joh. Conr. C. in N. brachte der Fuhrmann J. D. in L., versehen mit einem Frachtbriefe der Handlung D. R. in F. einen mit A. Nr. 1490. bezeichneten Ballen, angeblich mit rohem ungebleichten Baumwollen-Garn, wovon pr. Ct. netto Gewicht 50 kr. Eingangs-Zoll entrichtet wird, nachdem dieses Collo von dem Gränz-Zollamte St. nach dem Frachtbriefe als Hall-Gut behandelt worden, auf die Halle in N.

b) Laut in Handen habenden Aviso-Briefes der Handlung R. in F. und einem Rückantwort-Schreiben des A. in F., worin der Inhalt dieses Collo ebenfalls als rohes ungebleichtes Garn angegeben worden, erklärte die Special-Handlung C. dieses Collo als weiteres Hall-Gut zur Umladung an A. in F.

c) In dieser Erklärung bezeichnete nebenbei bemeldte Special-Handlung die Waare gleichfalls als rohes ungebleichtes Baumwollen-Garn.

d) Da das befragliche Collo nach Angabe des Hallamtes an einem Ecke beschädigt gewesen, und sich bei näherer Besichtigung der Emballage ergeben hat, daß in dem Ballen statt ungebleichten Baumwollen-Garn, wovon pr. Ct. netto Gewicht 50 kr. Einfuhr-Zoll entrichtet wird, gefärbte Baumwollen-Waare, wofür pr. Ct. netto Gewicht 60 fl. Eingangs-Zoll bezahlt werden muß, enthalten sey, wurde die Untersuchung gegen die Handlung C. wegen falscher und unrichtiger Declaration der Waare und resp. Zollgefährde eröffnet und gegen selbe sowohl in der I. als II. Instanz die Confiscation der Waare, nebst Ersatz des zehnfachen Betrags der einfachen Eingangs-Zollgebühr als Strafe unter Überbürdung der Kosten an selbe auf den Grund der §§ 15. 63. 96 und 98. der Zoll-Verordnung vom Jahre 1828 erkannt.

Gegen das zweitrichterliche Erkenntniß beschwert sich die Handlung C. und stellte die Bitte, sie von aller Strafe und Kosten freizusprechen.

Diese Beschwerde ist auch gegründet:

e) der § 15. der neuen Zoll-Ordnung, worauf sich vorzüglich die Erkenntnisse der beiden vorigen Instanzen gründen, spricht zwar aus: „daß alle die Zoll-Linie überschreitenden Waaren im Ein-, Aus- und Durchgange bei den competenten Zoll-Erhebungs-Stellen sogleich bei ihrer Ankunft angemeldet und declarirt werden müssen, indem die Zoll-Abgabe jedenfalls auf der Waare haftet.“

Da das befragliche Collo schon bei dem Gränz-Zollamte St. als durchgehendes Gut im Sinne des Gesetzes § 43. behandelt war, und von der Handlung C. dasselbe auf der Halle zu N. neuerdings als solches erklärt worden, so konnte auch das Hallamt N. bezüglich dieses nach F. an die Halle zur Umladung gewiesenen resp. fortan noch als Transitiv-Gut zu behandelnden Handels-Guts nicht als die competente Zoll-Erhebungsstelle erachtet werden, da hiebei bei bemeldtem Hallamte keine Zoll-Erhebung denkbar war. Die Handlung C. war daher auch nicht verbunden, bei ermeldtem Hallamte im Sinne des § 15. der neuen Zoll-Ordnung eine förmliche Declaration zu übergeben, und wenn sie auch freiwillig ohne Verpflichtung eine solche übergeben hat, so können sie wegen einer hierin vorkommenden Unrichtigkeit nicht die strengen Folgen des Gesetzes § 96. Nr. 2. und § 98. Nr. 3. treffen, die nur dann eintreten können, wenn ein Zollpflichtiger zu einer förmlichen Declaration im gesetzlichen Sinne verpflichtet ist, wie bei Einfuhrsgütern durch Absatz 2. des § 63. u. 64. sich klar ergibt.

f) Nicht die allgemeine Bestimmung des § 15. der neuesten Zoll-Ordnung, sondern die specielen Normen des Gesetzes über Durchgangs-Güter, wozu auch nach § 43. Hall-Güter gehören, wirken im vorliegenden Falle als entscheidende Quelle. Nach § 49. sind Frachten, die bei einer Halle umgeladen werden, wenn sie zum Durchsuche bestimmt bleiben, sie mögen nun unmittelbar austreten oder vorerst an eine andere Halle übergehen, ganz eben so wie beim Eintritte zu behandeln, und gegen Ablieferung des Zoll-Passes mit einem neuen zu versehen.

Nachdem von der Handlung C. erklärt war, daß dieses

Collo noch ferners als durchgehendes Gut behandelt und nach F. zur Umladung an A. daselbst geführt werden solle, bedurfte es bloß nach § 40. 41. 42. der Abwägung dieses durchgehenden Gutes und der Ausstellung eines neuen Zoll-Passes von Seite des Hallamtes N., dem ohnehin der Frachtbrief übergeben war, so wie der genauen Versicherung dieses Handels-Gutes.

g) Wenn auch das Hallamt an einem Ecke eine Beschädigung des Ballen bemerkt haben soll, so konnte sich dasselbe hiedurch wohl aufgefodert erachten, den Ballen an diesem beschädigten Theile in der Art zu versichern, zu verschnürren und zu versiegeln, damit die Möglichkeit der Herausnahme oder Austauschung der Waare beseitiget werde, ja sogar wäre bei gegründetem Verdachte, daß auf dem Wege etwas durch Herausnahme oder Austausch an der Ladung verändert werden könnte, dem Hallamte unbenommen gewesen, die Ladung bis zum nächsten Hallamte begleiten zu lassen, jedoch zu einer Nachspürung hinsichtlich des Collo und innere Besichtigung, die nur im Falle des § 36. und 64. der Zoll-Ordnung statt hat, lag kein rechtlicher Grund bei der Halle N. vor.

Wenn aber auch zu dieser Besichtigung des Collo das Hallamt N. sich berechtigt erachtete, so kann die hiedurch gemachte Entdeckung der Handlung C. keine strafrechtlichen Folgen zuziehen, weil einerseits dieselbe zur Abgabe einer schriftlichen Declaration nicht verbunden gewesen, andererseits, wenn man auch eine Declarations-Pflicht im vorliegenden Falle annehmen wollte, ihr nicht obgelegen ist, bezüglich eines Durchgangs-Gutes, die bei Einfuhr resp. Consumo-Gütern der Declaranten im § 63. überlassene Cautel, sich vorerst von dem Inhalte der Waaren durch Einsichtsnahme derselben zu überzeugen, anzuwenden und zwar um so minder, als es mit den Obliegenheiten eines Spediteurs, welcher verpflichtet ist, das Speditions-Geschäft so viel möglich zu beschleunigen, nicht vereinbarlich ist, bei Durchgangs-Gütern sich vor der Declaration von dem Inhalte derselben zu überzeugen und sich dadurch der Gefahr auszusetzen, daß sie auch sogar durch Ausladung beschädigt werden könnten.

Daher auch bei Berathung des neuen Zoll=Gesetzes im XII. Bande der Beilagen der ständischen Verhandlungen v. J. 1828 pag. 97. vorgemerkt wird: daß der Spediteur die richtige Zoll=Angabe oft gar nicht im Stande sey zu machen, und daß eine im Sinne der Zoll=Anstalt richtige Angabe der Ladung nicht gefodert werden könne.

In solchem Falle liege nicht in der Declaration, sondern in der Aufsicht die Sicherheit der Zollgefälle.

h) Da die unrichtige Bezeichnung der Waare im Frachtbriefe, der von der Handlung R. in F. ausgestellt wurde, nicht dem Speditions=Hause C. in N. zur Schuld imputirt werden kann, übrigens, wie oben aufgeführt ist, bemeldte Handlung zu einer Declaration im Sinne des Gesetzes § 15 u. 63. Abs. II. nicht verpflichtet war, auch nicht die mindeste Anzeige einer beabsichtigten Gefährde des Zoll=Ärars gegen die Handlung C. vorliegt, welche überdieß bei der genauen Übereinstimmung des Aviso=Briefes und der vor der abgegebenen Erklärung von A. in F. erhaltenen Rückantwort mit dem Inhalte des Frachtbriefes, bezüglich der Bezeichnung der Waare in der Eigenschaft als Spediteur gar keinen Grund hatte, an dem vorgetragenen Inhalte der Waare zu zweifeln, so können auch die von I. und II. Instanz ausgesprochenen strafrechtlichen Folgen des § 96. Nr. 1. und § 98. Nr. 3. wenigst gegen die Handlung C. in N. wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht erkannt, sondern mußte dieselbe als der angeschuldigten Zoll=Übertretung nicht schuldig befunden von Strafe und Kosten freigesprochen werden.

München, den 13. Mai 1831.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

von Ritter.

Secr. Fränkl.

28.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das ꝛc. in der Untersuchung gegen Michael F., Schiffmeister von B., resp. dessen Schiffschreiber F. wegen Zoll-Gefährde zu Recht: daß keine Zoll-Gefährde, also auch keine Strafbarkeit vorliege, vielmehr die erstere dem Inculpaten nicht zuzurechnen sey, weil er nach der Acten-Lage eine solche nicht im Sinne gehabt, also nicht *doloſe*, sondern nur *culpoſe* gehandelt habe.

Gründe.

Am 2. Juli 1832 kamen drei dem Schiffmeister Michael F. zu B. gehörige Schiffe nach D. mit bedeutender Ladung von Backmehl, Haber und Tabak.

Bei der, nach geschehener Declaration, vorgenommenen Controlle bezeugte sich die Schiffs-Ladung genau mit der Declaration übereinstimmend, nur im dritten Schiffe wurde eine Kiste gefunden, welche nicht declarirt worden und worüber auch ein Frachtbrief nicht vorgezeigt wurde. Die Kiste enthielt die Aufschrift, Herr Michael F., bürgl. Schiffmeister, Ablage in dem Sch.'schen Hause in Linz. Enthaltend Gemälde. —

In dieser Kiste fanden sich 7 Ölgemälde mit vergoldeten Rahmen auf 47 fl. geschätzt.

Sowohl nach dem Constatirungs-Protocolle des königl. Oberzollamtes zu D., als nach dem eigenen Geständnisse des Schiffschreibers F. ist die im dritten Schiffe vorgefundene Kiste mit Ölgemälden bei der bayer. Eintrittsstation nicht declarirt worden, und es liegt sonach in Gemäßheit des § 15. des Zoll-Gesetzes in objectiver Hinsicht das Vergehen einer Zoll-Gefährde vor.

Es decken jedoch die darüber gepflogenen Verhandlungen solche Momente auf, welche die sonst gesetzliche Zurechnung

in subjectiver Hinsicht gegen Michael F., Schiffmeister zu B. und resp. dessen Schiffschreiber F. nicht gestatten; denn

a) Schiffsschreiber F. übernahm zu L. drei nach Tyrol bestimmte von Wien angekommene Schiffe mit einer bedeutenden Ladung von Backmehl, Haber und Tabak zu einer Zeit, wo die Schiffs-Mannschaft, der der Transport nur bis L. oblag, bereits abgezogen war.

b) Die Kiste, welche ihrer Aufschrift nach zu L. hätte abgegeben werden sollen und aus einem offenbaren Versehen gegen ihre Bestimmung daselbst zurückgeblieben ist, konnte ihrer Unbedeutendheit wegen bei der so beträchtlichen Schiffs-Ladung sehr leicht dem Blicke des Schiffsschreibers F. entgehen, zudem

c) spricht für diesen um so mehr alle Wahrscheinlichkeit, daß er den Pflichten eines Maut-Gastes vollkommen entsprechen wollte, als die ganze und so bedeutende auf drei Schiffen gelagerte Ladung mit der Declaration und den Frachtbriefen ganz übereinstimmend befunden und von dem Angeschuldigten nicht das Geringste unternommen worden ist, um die Kiste irgend einem Auge zu entziehen, und wenn schon

d) nach § 15. des Zoll-Gesetzes dem Zollpflichtigen freisteht, beim Amte, ehe die Amtshandlung eintritt, sich von dem Inhalte vollständig zu überzeugen und dann erst zu declariren, so verdient doch dieses Versehen des Angeschuldigten deßwegen eine Nachsicht, weil die fragliche Kiste ihrer äußerlichen Bezeichnung nach, nach L. bestimmt, weder als Eingangs- noch als Durchgangs-Gegenstand sich darstellte, vielmehr selbst die Verbindlichkeit auflegte, sie, aus Versehen weiter transportirt, an ihren ganz genau bezeichneten Bestimmungs-Ort und an ihren Eigenthümer gelangen zu lassen. Es liegt demnach eine dem Schiffmeister F. respect. dessen Schiffschreiber F. zuzurechnende Zollgefährde nicht vor, und ist sonach das erstrichterliche Erkenntniß zu bestättigen, so wie die Kosten ꝛc.

Am 13. November 1832.

29.

Ein anderes Erkenntniß, in welchem das Appellations-Gericht aussprach, daß es gleich gelte, ob die Zoll-Gefährde dolose oder culpose geschehen sey.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das ꝛc. in der Untersuchung gegen Joseph W., Hufschmid von D., ꝛc. zu Recht:

Jos. W. sey der Verletzung einer Zoll-Förmlichkeit schuldig und deßhalb in eine Strafe von 1 fl. und in die Untersuchungs-Kosten zu verurtheilen.

Gründe.

Jos. W. stellte nicht in Abrede, daß er mit einem von keiner Behörde contrasignirten Frachtbriefe eine Kiste Eisen-Waaren im Febr. 1832 nach H., welches im Zoll-Controll-Bezirke liegt, verführen ließ. Die Zoll-Controll-Verordnung vom 20. Sept. 1829, welche durch das Additional-Zollgesetz vom 28. Dec. 1831 zu einem integrirenden Theile des Zoll-Gesetzes vom Jahre 1828 erhoben wurde, bestimmt, daß Frachtbriefe über im Controlls-Bezirke verführte Waaren vom Unteraufschläger oder der Polizei-Behörde contrasignirt werden sollen.

W. unterließ dieses, ob *dolose* oder *culpose*, hat keinen Einfluß, weil es in Zoll-Sachen hierauf nicht ankommen kann. Die Unmöglichkeit der Contrasignation schützte er nicht vor.

Hiedurch verletzte er eine Förmlichkeit der Controll-Verordnung des Zollwesens, sohin unterliegt er nach § 96. Nr. 1. des Zollgesetzes der Strafe von 1 — 25 fl., welche aber im niedrigsten Grade zur Anwendung kömmt, weil es die erstmalige Übertretung und zwar einer bloß auf den Verkehr im Controll-Bezirke bezüglichen Anordnung ist.

Den 23. April 1833.

30.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Der § 15. der Z. O. fodert nur bei solchen Gegenständen, welche auf eigne oder fremde Rechnung ein- aus- od. durchgehen, eine Declaration, nicht aber auch b. solchen, welche nur entlehnt werden.

Erkennt das ꝛc., daß Joseph H. von der gegen ihn erhobenen Anschuldigung freizusprechen und die auf diese Untersuchung erlaufenen Kosten ꝛc. ꝛc.

Gründe.

Am 5. April 1832 früh um 8 Uhr kam Jos. H., Bauerssohn von A. mit einer eisernen Winde über die Gränze von Österreich nach Bayern und legte solche auf einen bei der Steinmühle gestandenen Wagen, um sie weiter fortzuführen. Der Cordonist St. nahm dieses gewahr und arretirte den H. Allein

1. es ist durch einen classischen Zeugen bestättigt, daß Joseph H. die in Frage stehende Wagenwinde, welche des Zeugen Eigenthum sey, von ihm auf einige Stunden entlehnt und er, Zeuge, solche bald wieder zurückerhalten hat.

Daß er Eigenthümer der fraglichen Winde war und noch ist, kann seine Zeugschafts-Fähigkeit nicht schwächen, weil er an dem, mit H. erst nachher sich ergebenen, Vorfalle mit dem gegen diesen arretirenden Cordonisten keinen Antheil genommen hat.

2. Der Zeuge Mich. P. hat die fragliche Wagenwinde, als Jos. H. zur Zeit, wo dessen Vater bei der Steinmühle Läden aufgeladen hatte, solche, als vom Hammerschmiede entlehnt, dahin gebracht hatte, als das Eigenthum des Hammerschmieds erkannt und weiß aus eigener Überzeugung, daß sich diese Winde noch zur Stunde in dem Weishäupel-Hammer befinde.

Diese beiden Aussagen werden

3. noch durch die Deposition des obschon verdächtigen Matth. H. doch einigermassen unterstützt.

Auf diese Art ist die Einrede des Angeschuldigten, daß er die fragliche Wagenwinde auf kurze Zeit zu einem be-

stimmten Zwecke nur entlehnt habe, hinlänglich dargethan und die geringe Entfernung der Steinmühle von dem Weishäupelhammer bietet ebenfalls eine große Wahrscheinlichkeit für obige Angabe dar. Da

4. nun der § 15. der Z. O. nur bei solchen Gegenständen, welche auf eigne und fremde Rechnung ein-, aus- oder durchgehen, eine Anmeldung und Declaration erheischt, darunter aber solche Gegenstände, welche nur entlehnt sind, sohin in dem fortdauernden Eigenthume des Darlehners verbleiben, folglich als er- oder importirt nicht betrachtet werden können, sicher nicht begriffen sind, so ist in dem gegebenen Falle eine Zoll-Gefährde nicht einmal denkbar und es kann auch von einer Förmlichkeits-Verletzung die Rede nicht seyn, weil die Grundlage derselben, die Anwendbarkeit des § 15. der Z. O. hier mangelt. Darnach rechtfertigt sich auch der Ausspruch über den Kostenpunct ꝛc.

Am 30. October 1832.

31.

Erkenntniß.

In der Untersuchung gegen Kath. J., Wirthin, und deren Sohn Norbert, Chirurg in B.

(erstere wurde wegen Zoll-Defraudation, letzterer wegen Zoll-Förmlichkeits-Verletzung verurtheilt.)

Die heimliche Abstossung der Waare auf dem Wege zwisch. der Gränze und der Zollstätte bildet eine für die bezweckte Defraudation Gewißh. vertretende Vermuthung (praes. jur. et de jure.

Gründe.

Am 4. Dec. 1830 Vormittags brachte ein unbekannter Mann ein Fäßchen mit Branntwein vor das Haus des K., unfern der österreichischen Gränze, und hinterlegte es in der

Streuschupfe desselben mit der Erklärung, daß es für die Wirthin zu B. gehöre.

Nachmittag holte ihr Sohn Norbert diesen Branntwein dort selbst ab, indem er ihn auf seinen mit einem Pferde bespannten und mit Holz beladenen Wagen packte, wurde aber in geringer Entfernung von B. Hause angehalten und nach W. geführt.

Kath. J. gestand, daß dieser Branntwein vom Bäcker aus F. in Österreich gekommen und auf ihr Geheiß beim K. zu dem Zwecke abgelegt worden sey, damit sie ihn daselbst abholen und heimführen lassen könne.

Hienach liegt objectiv eine Zoll-Defraudation vor; denn nicht nur ist nach allen Umständen wahrscheinlich, daß der Branntwein auf einem verbotenen Wege über die Gränze gebracht wurde, sondern es liegt die vollste Gewißheit darüber vor, daß er auf dem Wege zwischen der Gränze und der Zollstätte heimlich abgestossen worden sey.

Dieser letztere Umstand allein bildet für die bezweckte Defraudation eine die Gewißheit vertretende Vermuthung (praesumtio juris et de jure), welche nach G. O. cap. 12. § 2. Nr. 3. gar keine Gegenprobe zuläßt; eben darum erscheint die Defraudation schon unmittelbar durch jene geheime Abstossung vollendet, und das Vorbringen, daß der Branntwein später noch in B. habe verzollt werden können und wollen, kann keine Beachtung ansprechen.

In subjectiver Hinsicht erscheint Kath. J. dieser Zoll-Defraudation schuldig. Wenn auch der fragliche Branntwein nicht von ihr selbst oder ihren Angehörigen über die Gränze gebracht und beim K. abgestossen wurde, so geschah doch dieß alles gemäß Übereinkunft mit ihr und auf ihr Geheiß, sie war es daher auch, welche zur Abholung des heimlich abgestossenen Branntweins ihren Sohn nebst einer Magd abordnete, und auch durch lügenhafte Vorgaben gegen denselben, da er sich hierauf durchaus nicht einlassen wollte, ihr Bewußtseyn verbotener Handlungsweise klar an den Tag legte.

Sie erscheint daher hinsichtlich der in Mitte liegenden Zoll-Defraudation als Miturheberin und muß derselben auf den Grund ihres eigenen Geständnisses für schuldig erkannt werden ꝛc.

Am 18. Juli 1831.

32.

Competenz.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc.

Die Competenz bei Streitigkeiten über Abtheilung der Gem.-Gründe steht d. Administr.-Behörden zu.

Nur die Entscheidung über das bestrittene Eigenthumsrecht Einzeln. an fraglichen Gründen gehört zu d. Civil-Gerichten.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***Kreis in der Streitsache des Jak. G. et Consl., Kleinbegüterte von N., wider Joh. M. et Consl., Großbegüterte von da, wegen Vertheilung von Gemeinde-Gründen, dermal Miteigenthum der Letztern auf Berufung beider Theile zu Recht: daß das königl. Landgericht St. als Civil-Gericht zur Verhandlung und Entscheidung der genannten Streit-Sache nicht competent, diese daher lediglich an die zuständige Administrativ-Behörde zu verweisen, und die bisherigen Streitkosten zu compensiren seyen.

Gründe.

1. Jak. G. et Consl. von N. stellten am 26. Juni 1832 vor dem königl. Landgerichte St. den Antrag auf Vertheilung der vorhandenen Gemeinde-Gründe.

Bei der zur administrativen Verhandlung der Abtheilungs-Frage auf den 13. Sept. anberaumten Commission trat nur

Georg R. dem Antrage der Interessenten bei, alle übrigen Interessenten, die Großbegüterten nämlich, widersetzten sich der Abtheilung, und brachten vor, daß den Kleinbegüterten auf fraglichen Gründen gar kein Anspruch zustehe, weil diese ein ausschließendes Eigenthum der Großbegüterten seyen, daher die Impetranten ab=, und auf den Rechtsweg zur Verhandlung über die Miteigenthums=Frage zu verweisen seyen.

Die vier Impetranten widersprachen diese Behauptungen und Anträge, und verlangten die unaufhaltbare Fortsetzung des Abtheilungs=Verfahrens.

2. Das königl. Landgericht St. decretirte nun am 4. Oct. 1832 die gesetzlichen Einleitungen zur Durchführung der fraglichen Abtheilung, zugleich aber von Justizwegen Commission zur protocollarisch schlüßlichen Verhandlung über die Miteigenthums=Frage.

Am Commissions=Tage weigerten sich Jak. G. et Conf. auf die ausgesetzte civilgerichtliche Verhandlung sich einzulassen, und nach stattgehabter Instruction dieser Vorfrage erkannte das königl. Landgericht St. am 3. April 1833 zu Recht, daß ihm als Culturs=Behörde die Verfügung und Entscheidung in vorliegender Sache zustehe, es wäre denn, daß die Großbegüterten das Privat=Eigenthum der fraglichen Gründe durch besondere Erwerbs=Titel binnen 30 Tagen beweisen würden.

3. Dieses vom königl. Landgerichte nach der Actenlage unbezweifelt von Civilgerichtswegen erlassene, von beiden Theilen appellando angefochtene Erkenntniß enthält zweierlei, indem sich das königl. Landgericht

a) durch Hinweisung der Sache an die Culturs=Behörde indirect als Civil=Gericht für incompetent erklärt,

b) gleichzeitig jedoch den Großbegüterten den Beweis des Privat=Eigenthumes binnen 30 Tagen vor ihm als Civil=Gericht offen läßt.

4. Der erste Theil dieses Ausspruches ist durch die bestehenden Verordnungen vollkommen gerechtfertiget, insbesondere verbieten die Verordnungen vom 12. Dec. 1803 Rggsbl. 1803 S. 1025. — und 13. Febr. 1805 S. 729. den Justiz=

Stellen ausdrücklich, Processe der Groß- und Kleingütler untereinander anzunehmen, welche von dem einen und andern Theile bei Abtheilung der Gemeinheiten unter dem Prätexte eines *in concreto* zustehenden privativen Eigenthums zur Abwendung der Abtheilung, oder um einen Theil von der Vertheilung auszuschließen ꝛc. von den gesetzlich verordneten Culturs-Behörden abgezogen werden wollen.

5. Umsonst wenden die Großbegüterten im vorliegenden Falle ein, es fehle die, jenen Verordnungen zum Grunde liegende Voraussetzung, das Daseyn von Gemeinde-Gründen, indem die zur Gemeinde N. gehörigen Orte R., A., A. und M. zugestandenerweise keinen Antheil an den in Frage stehenden Gründen haben.

Es handelt sich dermal nicht vom gemeinsamen Eigenthume der Rural-Gemeinde N., die als ein politischer Körper selbst wieder mehrere in sich abgeschlossene und mit privativen Gemeinheits-Rechten versehene Dorfgemeinden umfassen kann; sondern es handelt sich von den bei dem Dorfe N. vorhandenen bisher nicht im individuelen Besitze gestandenen Gründen; eben die Frage aber, ob diese Gründe als Gemeinde-Gut der Dorfsgemeinde N., oder als das privative Eigenthum der Großbegüterten, weil diese sie bisher ausschliessend benützt haben mögen, zu erkennen seyen, haben die genannten Verordnungen der Judicatur der Cultur-Gerichte entzogen.

6. Auch das Vorbringen der Großbegüterten, daß durch das Decret vom 4. Octob. 1832 bereits Rechtskraft darüber bestehe, daß die vorliegende Sache von den Civil-Gerichten zu verhandeln und zu entscheiden sey, kann nicht Eingang finden, indem es klar ist, daß jenes Decret wegen Mangel der Jurisdiction an unheilbarer Nichtigkeit leide, daher nach Gerichts-Ordnung cap. 16. § 2. nie in Rechtskraft erwachsen konnte, indem es ferner klar ist, daß es im Rechte und in der Pflicht der Gerichte liege, ihre Incompetenz, sobald sie diese wahrnehmen in jedem Stadium des Processes auszusprechen.

7. So richtig nach der bisherigen Ausführung das kön. Landgericht St. sich als Civil-Gericht für nicht zuständig erklärt hat, ebenso unstatthaft ist dasjenige, was es seinem Ausspruche bedingungsweise über den binnen 30 Tagen zu liefernden Beweis des privativen Eigenthums von Seite der Großbegüterten beigefügt hat.

Wohl benimmt die Verordnung vom 13. Febr. 1805 den Großbegüterten das Recht nicht, ihre Privateigenthums-Ansprüche, so ferne diese auf speciele Erwerbs-Titel, und nicht bloß auf den bisherigen größern oder ausschließenden Genuß der fraglichen Gründe u. dgl. gebaut werden können, vor den Civil-Gerichten geltend zu machen; allein in diesem gesetzlichen Vorbehalte liegt kein Anlaß und kein Grund für die Gerichte, ihre Incompetenz-Erklärung mit einer Auflage zur Deponirung der fraglichen Erwerbs-Titel zu verbinden, und dadurch ein Beweis-Verfahren zu provociren, dem noch kein Instructions-Verfahren vorangegangen ist.

Vielmehr steht es den betheiligten Großbegüterten gesetzlich frei, zur Geltendmachung ihrer Privatrechte aus speciellen Titeln zu jeder Zeit mittels Klage vor den Civil-Gerichten aufzutreten, und erst, wenn dieses geschehen seyn wird, kann und wird sich die Cultur-Behörde veranlaßt finden, ihr administratives Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der präjudicielen Civil-Rechtsfrage zu sistiren.

8. Die Kosten betreffend ꝛc. ꝛc.

33.

Erkenntniß IIItiae.

Bestättigend.

Gründe.

1. Der von Jacob G. et Conf. zum Protocolle vom 26. Juni 1832 bei dem königl. Landgerichte St. gestellte Antrag

ist von dieser Behörde anfänglich selbst nicht als eine gerichtliche Klage, sondern bloß als eine bei der Administrativ-Behörde geschehene Anregung der Abtheilung von Gemeinde-Grundstücken betrachtet worden.

Das Vorladungs-Decret vom 28. Aug. 1832 an sämmtliche Gemeinde-Glieder von N. zur Verhandlung über die „Abtheilungsfrage“ läßt hierüber einen Zweifel nicht übrig;

2. und dennoch hat das erwähnte Landgericht sein Decret vom 4. Oct. 1832, dann das Erkenntniß vom 3. April 1833 als Justiz-Behörde erlassen zu haben geglaubt, das erste, weil der Punct, ob den Imploranten ein Miteigenthum zustehe, sie daher auf Theilung provociren können, — welches die Imploraten dem Imploranten widersprachen — noch streitig sey, das zweite, weil, der Verordnung vom 13. Februar 1805 gemäß — vorerst der Beweisführung über das von den Großbegüterten behauptete Privat-Eigenthum der zu vertheilenden Grundstücke durch besondere Acquisitions-Titel Platz gegeben werden müsse.

3. Allein ein solches Privat-Eigenthum durch besondere Acquisitions-Titel ist

a) von den Imploraten gar nicht behauptet worden; dieselben bedienten sich zwar in ihrer bei der Tagsfahrt vom 18. Sept. 1832 abgegebenen Antwort des Ausdruckes von alleinigem Privat-Eigenthume und Benutzungs-Rechte, aber offenbar nicht, um sich als Großbegüterte dem Imploranten, als Kleinbegüterten derselben Dorfgemeinde gegenüber zu stellen. Dieses hätten sie zufolge der allegirten Verordnung nur durch Angabe und Begründung eines besondern Acquisitions-Titels eines ausschließenden Privat-Eigenthumes bewirken können. — Ganz anders war vielmehr ihre Vernehmlassung beschaffen.

Sie widersprachen nämlich den Imploranten aus dem Grunde alles Recht auf die zur Abtheilung beantragten Grundstücke, weil die Imploranten mit ihnen, Imploraten und respect. mit ihren Grundstücken in gar keiner Gemeinheit stünden.

Hieraus ergibt sich schon, daß den Imploranten nicht die Einrede des privativen Eigenthumes der Imploraten, sondern jene der auf Seite der Imploranten mangelnden Activ=Legitimation zur Sache entgegengesetzt wurde, nämlich Imploranten seyen keine Mitglieder der Dorfgemeinde N., es sey daher der Fall der Abtheilung von Gemeinheits=Grundstücken im Sinne der Verordnung vom 13. Februar 1805 gar nicht gegeben.

b) In diesem Sinne haben auch die Imploranten in der Replik die Antwort der Imploraten aufgefaßt, dieselbe aber widersprochen und behauptet, nicht die Justiz, sondern die Culturs=Behörde habe über die Miteigenthums=Frage zu entscheiden.

c) Der Punct des Miteigenthums auf Seite der Imploranten, welchen die Imploraten bestritten hatten, war diesem wechselseitigen Vorbringen gemäß auch allein derjenige, welcher durch Decret vom 4. Oct. 1832 auf den 15. Januar 1833 zur Verhandlung ausgesetzt, und wozu auch die gleichfalls zur Rural=, aber nicht zur Dorfsgemeinde N. gehörigen Ortschaften R., A., A. und M. zur Herstellung der Streitgenossenschaft vorgeladen wurden.

4. Statt nun bei dieser dritten Tagsfahrt ihre Activ=Legitimation zur Sache, ihr Miteigenthums=Recht, auf die zur Abtheilung verlangten Grundstücke der Dorfsgemeinde N. zu begründen, verwahrten sich die Imploranten bloß gegen die Einlassung vor der Justiz=Behörde, zumal in so lange, bis die Gegner ein privatives Eigenthum der abzutheilenden Grundstücke durch Nachweisung des jedem Individuum speciel zustehenden Acquisitions=Titels würden dargethan haben.

Dieses Abspringen von dem richterlich bestimmten Zwecke der anberaumten Tagsfahrt ließen sich jedoch die Imploraten keineswegs gefallen, sie bekämpften vielmehr die Einlassungs=Verweigerung der Imploranten, und baten zur Verhandlung der Klage der Imploranten im Sinne des Decrets vom 4. Oct. 1832, also über die Activ=Legitimation zur Sache auf Seite der Imploranten — ihr Miteigenthums=Recht auf die

zur Abtheilung verlangten Objecte — neuerdings Tagsfahrt anzuordnen.

5. Zur Evidenz wird vollends die Sache klar, wenn man auf die Verhandlungen vom 18. April 1832, den Administrativ-Beschluß vom 21. ejus, die Nichtigkeits-Beschwerde vom 22. Mai 1832, endlich auf die Verhandlung hierüber vom 22. Juni 1832 zurückblickt.

Denn schon damals, wo diese Implbranten einen Antheil an dem Gemeinde-Holz verlangten, welches angeblich abgetheilt worden sey, ward ihnen von den Imploraten entgegnet, der Kläger Jakob G. sey bereits unter dem Antheile des Georg R. begriffen, die andern Kläger gingen sie gar nicht an, weil sie außer dem Dorfe seyen nicht zur Dorfgemeinde N. gehörten, eine Behauptung, welche Joh. M. et Consl. dermal in der Revisions-Schrift beinahe wörtlich wiederholen. Endlich vereinigten sich beide Theile dahin, daß sie die landgerichtliche Entschließung vom 21. April 1832 als nichtig betrachten wollten, jedoch dem Imploranten vorbehalten bleibe, im Proceß-Wege auf Miteigenthum oder Abtheilung anzutragen. Schon damals verständigten sich daher die Parteien, daß es sich hier auf Seite der Kläger um Begründung ihres Miteigenthums-Rechtes an den Grundstücken der Dorfgemeinde N. handle.

6. Wirklich ist auch nach dem Gemeinde-Edicte vom J. 1818 ein Unterschied zwischen Rural- und Dorfgemeinden; denn nach Ttl. I. sind Rural-Gemeinden bloß politische Körper ohne alle Beziehung auf Privat-Rechtsverhältnisse.

Eine Rural-Gemeinde wird gemäß § 3. aus mehrern nahe gelegenen Orten, Dörfern, Höfen ꝛc. gebildet, und im letzten Absatze ist ausdrücklich bestimmt: „in Ermanglung einer freiwilligen Einverleibung beschränke sich dieselbe bloß auf die polizeiliche Verwaltung der Gemeinde, ohne Ausdehnung auf die privatrechtlichen Verhältnisse, und § 6. wird jedem Orte die besondere Benutzung und Verwaltung ihres abgesonderten eigenen Gemeinde- oder Stiftungs-Vermögens vorbehalten.

7. Die Competenz zur Entscheidung über das — die Activ-Legitimation zur Sache von Seite der Imploranten begründende Miteigenthums-Recht an den zur Abtheilung verlangten Grundstücken der Dorfgemeinde N. kann aber nur derjenigen Behörde zukommen, welche in der Haupt-Sache, nämlich über die Abtheilung selbst zu entscheiden hat; denn die Miteigenthums-Frage erscheint hier bloß als ein Incidentpunct, welcher von derjenigen Behörde zu würdigen ist, bei welcher er mit der Hauptsache angeregt wurde, also hier bei dem königl. Landgerichte St. als Cultur-Administrativ-Behörde

Dieses ergibt sich aus der Natur der Sache, und es ist zugleich der ausdrücklichen Bestimmung in der allerhöchsten Verordnung vom 22. Februar 1808 (Reggsbl. S. 854 — 855.) gemäß.

München, den 4. Februar 1834.

Über Forum.

Wie ist der gesetzliche Ausdruck (G. O. cap. I. § 3.) zu verstehen: »uneheliche Kinder folgen dem domicilio ihrer Mutter,«?

Einleitung.

Im Jahre 1823 starb zu E. die Freyfrau v. D., ohne Kinder aus ihrer Ehe zu hinterlassen; wohl aber hatte dieselbe außerehelich anno 1811 einen Sohn geboren, der auf dem Schloße eines Verwandten im Würtembergischen im Stillen auferzogen wurde. Der ohne Hinterlassung von ehelichen Kindern eingetretene Todesfall der Mutter veranlaßte jenen Verwandten für dieses uneheliche Kind auf den Grund der vorhandenen Heiraths-Verträge der Freyfrau von E. Erbschafts-Ansprüche auf deren Nachlaß zu erheben, und den zum Streite bevollmächtigten Anwalt zugleich als Vormünder des bemerkten unehelichen Kindes Namens Jacob E. aufzustellen.

Ungeachtet nun dieser keinen Schritt für seinen Mündel unternahm, der nicht von der Pflicht geboten, und vom Gesetze gerechtfertiget gewesen wäre, hatte er doch mit unglaublichen Schwierigkeiten zu kämpfen; den Stand der Verlassenschaft zu erforschen, der sich anfangs in ein werthloses Inventar von einhundert etlichen Gulden verbarg, und dann über vierzig tausend erhöhte — diese Verlassenschafts-Masse zu sichern — den im Besitze befindlichen Wittwer zur Rechnungs-Ablage zu zwingen, — ihn zur Anerkenntniß der gerichtlich angeordneten Vormundschaft zu bringen, — ein

provisorium pcto. alimentationis zu erringen, das waren Bemühungen, die durch Jahre lange Beharrlichkeit in stetem Kampfe gegen alle möglichen Ausflüchte eines sehr gewandten Gegners ein äußerst interessantes Streitbild darstellen, wovon ich aber hier den Lesern nur die Erörterung zweier Rechtsfragen vorführe, die, so lange der Buchstabe des Gesetzes todt bleibt, ganz klar scheinen, zur Entscheidung angeregt aber in Bezug auf erstere sehr verschiedenartig interpretirt wurden, und in ihrer Anwendung im Leben von höchst wichtigem Einfluße sind, nämlich

1. über das Domicil unehelicher Kinder —

2. über den Begriff von Leibes-Erben: ob darunter nur eheliche oder auch uneheliche Kinder verstanden werden?

Aus den Partei-Vorträgen ist lediglich so viel entlehnt, als zur Auffassung der factischen Streit-Verhältnisse, und zur Beleuchtung der aufgeworfenen Rechtsfrage selbst mir wesentlich nothwendig schien.

Weitere höchst interessante Rechtsfragen, die in den Verhandlungen und Entscheidungen incidenter sich ergeben, wie z. B.

1. „nach welchen Gesetzen Personal-Ansprüche und Erbschafts-Ansprüche quoad immobilia entschieden werden müssen, ob nämlich nach den Gesetzen des Geburts-Ortes oder des Wohnortes des Klägers, oder nach den Gesetzen des Vertrags-Abschlußes, oder nach den in loco rei sitae geltenden Gesetzen?“

2. „nach welchen Gesetzen Heiraths-Verträge rücksichtlich ihrer Förmlichkeiten zu beurtheilen sind?“

3. „ob ein Minderjähriger gegen ihm schädliche Verträge, bei denen er aber nicht Mitcontrahent war, restituirt werden könne?“

u. m. a. sind durch Marginal-Bemerkungen besonders herausgehoben.

Der Herausgeber.

§ 1.

In einer Eingabe vom 29. August 1823 verlangte der königl. Advokat B. Kosten-Vorschuß zur Ernährung und Verpflegung seines Curanden Jacob C. und führte zur Begründung des *Forum* bei dem implorirten Stadtgerichte A. Folgendes an:

Da nach Cod. jud. cap. 1. § 3. uneheliche Kinder dem Domicile ihrer Mutter folgen, so sey das Forum des Jacob C. bei dem königl. Landgerichte E. begründet, weil seine Mutter die Freyfrau von D. zu E. domicilirt habe, uneheliche Kinder aber der Adels-Rechte nicht theilhaftig würden, mithin auf einen gefreiten Gerichtsstand keine Ansprüche begründen könnten.

§ 2.

Gegen diese Ansicht wendete der beklagte Freyherr von D. ein: —

Wenn man auch per inconcessum zugeben würde, daß Jacob C. ein außerehelicher Sohn der Freyfrau von D. gewesen, so sey er doch lediglich im Königreiche Würtemberg forisirt, weil er da geboren sey, weil auch zur Zeit seiner Geburt die natürliche Mutter dort forisirt gewesen sey und gelebt habe, was auch der Fall nach der Geburt war, und weil dieses Forum durch die erst lange nach der Geburt erfolgte Verehelichung der Freyfrau v. D. zu E. nicht mehr habe verändert werden können, was nur bei ehelichen Kindern der Fall sey, welche natürlich dem Forum ihres Vaters und also auch ihrer Mutter folgen.

Wie ist der Ausdruck zu verstehen: „unehel. Kinder folgen d. Domicile ihrer Mutter?“

Es fehle demnach an der Competenz beim königl. Landgerichte E. zu einer Vormundschafts-Bestellung für den Ausländer Jacob C., welcher als der Zeit würtembergischer Unterthan lediglich beim würtembergischen Oberamte L. hätte bevormundet werden müssen.

§ 3.

Nachdem sodann das königl. Stadtgericht A. den Antrag des Advokaten B. vorzüglich aus dem Grunde abgewiesen hatte, weil noch unentschieden sey, wer Erbe der Freyfrau von D. und mithin zur eingeklagten Alimentation verbunden sey — (ohne in dieser Sentenz auf die Competenz-Frage einzugehen) — erkannte das königl. Appellationsgericht für den *** Kreis unterm 28. November 1824 reformando zu Recht:

34.

Freyherr von D. sey zur Zeit nicht schuldig, auf die wieder ihn von dem königl. Advokaten B. als angeblichen Vormund des Jacob C. unterm 31. August 1823 angebrachte Klage sich einzulassen; —
die Kosten beider Instanzen seyen zu compensiren.

Gründe.

Der königl. Advokat B. ist in der Eigenschaft eines gerichtlich bestellten Vormundes des minderjährigen Jacob C. für diesen mit der zu Grunde liegenden Klage bei dem kön. Kreis- und Stadtgerichte A. aufgetreten.

Die Klage ist gerichtet gegen den Freyherrn von D. zu E. als denjenigen, welcher sich in dem zurückgelassenen Vermögen seiner Gemahlin befinde, und sein ausschließendes Erbrecht darauf behaupte, statt daß es dem C. als angeblichen unehelichen Sohne derselben zugehörig wäre.

Der Zweck der Klage ist der Vorschuß von 150 fl., welcher in theilweiser Art der Alimentation dem C. während dem Rechtsstreite um sein Erbrecht auf jene Verlassenschaft von dieser gereicht werden sollte. —

Die uneheliche Herkunft des C. von der benannten Gemahlin des Freyherrn von D. ist als Geschichte und Grund seiner dießfälligen Ansprüche dargestellt 2c. 2c. 2c.

Insbesondere kann daher auch die Voraussetzung des ersten Richters nicht angenommen werden, daß die Freyfrau von D.'schen Erben zur Zeit nicht bekannt seyen, nachdem

der beklagte Freyherr von D. sich als Universal-Erbe seiner Gemahlin und als Besitzer ihrer Verlassenschaft behauptet hat, und derselbe auch in jener Eigenschaft erscheint, wie sie das Gesetz als Zuläßigkeit einer Erbschafts-Klage wider ihn unterstellt. **Cod. civ. P. III. cap. 1. § 9.**

Ein anderes Verhältniß ergibt sich aber hinsichtlich der Legitimation des Jacob C. selbst, in so ferne sie dessen persönliches Recht zur Klagestellung betrifft, und hinsichtlich der gesetzlichen Ermächtigung des königl. Advokaten B. zur deßfallsigen Vertretung desselben.

Beide hat der Freyherr von D. widersprochen.

In ersterer Beziehung hat er in dem Widerspruche der unehelichen Geburt des Jacob C. von der Erblasserin dessen angegebene Filiation widersprochen.

Diese Filiation ist bisher nicht festgestellt. Es ist also darin jene Präjudicial-Frage vorhanden, ohne deren vorläufige Entscheidung in der Sache nicht vorangegangen werden kann, und die darauf gegründete dilatorische Einrede des Freyherrn von D. ist gerechtfertiget.

Cod. civ. P. I. cap. 3. § 4. et in not. 4. 5. und
Cod. jud. cap. 6. § 2. et in not. c.

In zweiter Beziehung hinsichtlich der vormundschaftlichen Vertretung des C. durch den in solcher Eigenschaft für ihn aufgestellten königl. Advokaten B. stellt sich das Gesetz entgegen, wornach zur gerichtlichen Bestellung einer Vormundschaft die Competenz des Richters erfodert ist, welche insbesondere davon abhängt, ob der Pupille zu dessen Gerichtsbarkeit gehöre? was sich vorzüglich aus dem Zurücksehen auf sein *Forum originis* entscheiden muß.

Cod. civ. P. I. cap. 7. § 1. in Not. 1.

Das königl. Landgericht P. hat dem vorgelegten Protocolle bei der Verhandlung vom 19. Sept. 1823 und der eigenen Behauptung des königl. Advokaten B. gemäß denselben lediglich auf Requisition des königl. Landgerichts E. als Vormund des Jacob C. in Pflicht genommen.

Es kann also die Ausübung einer eigenen Gerichtsbarkeit über den C. oder die Selbstbestellung einer Vormundschaft

für ihn durch das königl. Landgericht P. hierunter nicht gedacht werden.

Könnte man darin eine wirkliche Vormundschafts-Bestellung durch das kön. Landgericht P. annehmen, so würde dem königl. Advokaten B. seine eigene Behauptung, daß Jacob C. dem Foro seiner Mutter folge, widersprochen, da seine angeblich uneheliche Mutter niemals der Gerichtsbarkeit des königl. Landgerichts P. unterlag.

Auch das allenfallsige Hinziehen des Jacob C. nach dem Orte oder Gerichtsbezirke des königl. Landgerichts P. würde eine solche Gerichtsbarkeit des letztern nicht begründen können, da es keinem Pupillen zukömmt, sich selbst mit Verlassung seines ursprünglichen Fori originis ein anderes zu wählen, und da ihm bei einem andern als dem Gerichte P. dieses Forum zusteht; — Annot. ad loc. cit. 5. L. 4. cod. de municipibus.

Das königl. Landgericht E. hat den gedachten königl. Advokaten zum Vormund des Jacob C. aufgestellt, wie er behauptet, aus dem Grunde, weil C. dem *Foro* seiner angeblichen Mutter folgen müsse, weil diese, wenn ihr kein privilegirtes Forum gebührt hätte, unter der Gerichtsbarkeit des königl. Landgerichts E. gestanden seyn würde, und weil, indem C. jenes privilegirte Forum nicht in Anspruch nehmen könnte, ihm das Forum zukommen müßte, welches seiner Mutter, außer dem Falle ihres privilegirten Gerichtsstandes bei dem königl. Landgerichte E. als ihrem ordentlichen Richter zugestanden wäre. Das ganze zum Grund gelegte Gesetz cap. I. § 3. cod. jud. versteht sich aber nur von dem Forum originis.

Die zweite Instanz spricht: „unter dem Domicile unehelich. Kinder sey deren Forum originis zu verstehen."

Indem es uneheliche Kinder dem Domicile ihrer Mutter folgen läßt, kann es also nur das Domicil der Mutter zur Zeit der Geburt ihres unehelichen Kindes seyn, welchem dieses nach dem Grundsatze, daß die Geburt selbst das Forum originis begründe, zur Folge hat.

Es ist dieses klar aus den in den Anmerkungen zu dieser Bestimmung der G. O. lit. a. angeführten Gesetzen L. I. § 2. et L. 9. ff. ad municip., insbesondere aus den Worten des Beklagten: „Ejus qui justum patrem non habet, prima origo a matre, eoque die, quo ex eà editus est, numerari debet.“

Die schon oben erwähnte Unfähigkeit des Pupillen zur Wahl eines andern Domicils wiederholt sich auch hieher, in so ferne das in und durch die Geburt erlangte Domicil nur in gesetzlicher Art und also nur von Jemand, der seiner selbst mächtig ist, verändert werden kann. Annot. ad cod. jud. cap. 1. § 3. lit. c. in fine.

Das Widersprechende der entgegengesetzten Behauptung erhellt daraus, daß die Frauensperson durch ihre Verheirathung dem Forum ihres Ehemannes folgt, und daß also, wenn das Forum originis ihres früher von einem anderen Manne erzeugten unehelichen Kindes nicht auf den Ort und die Zeit seiner Geburt beschränkt wäre, und mit solcher späterer Veränderung ihres Domicils auch jenes ihres uneheliches Kindes, und dessen davon abhängiges Forum originis verändert werden könnte, ein solches uneheliches Kind mit seiner Mutter in ihr, durch die Ehe neuerlangtes Domicil und Forum und sohin in das ihres Ehemannes selbst übergehen müßte, statt daß die Gesetze in ihrer Zusammenhaltung nur die rechtmäßigen Kinder des Ehemannes seinem Domicile und Forum folgen lassen.

Cod. jud. cap. 1. § 3. und § 14.

Die fragliche Vormundschafts-Bestellung durch das Landgericht E. ist also eine incompetente Handlung desselben, der königl. Advokat B. könnte dadurch nicht auf eine rechtmäßige Weise zur Führung der Vormundschaft über den Jacob E. gelangen, und da hievon seine Ermächtigung zur Vertretung des Letztern abhängt, so legt sich daraus die Rechtfertigung der Einrede der mangelnden Legitimation von selbst an den Tag.

Beide Einreden sind von jener Gattung, wegen welcher die Gesetze den Beklagten bis zur Hebung derselben von der

Verbindlichkeit zur Einlassung befreien. Cod. jud. cap. 6. § 3. Nr. 4. et § 4. ac in not.

Der beklagte Freyherr von D. hat hier diese Befreiung vor der Hand ausdrücklich in Anspruch genommen.

Der bisherige Streit darüber hätte vermieden bleiben können, wenn das königliche Landgericht E. den Antrag auf Vormundschafts-Bestellung für den E. zurückgewiesen hätte. Indem dieses nicht geschehen, ist es dem als Vormund aufgestellten königl. Advokaten B. nicht zu verdenken, daß er in seiner angebrachten Klage vormundschaftliche Rechte geltend zu machen suchte. Die von dem I. Richter ausgesprochene Abweisung der Klage war nach obigen Gründen den Proceß-Verhältnissen nicht angemessen.

Es mußte also durchaus wie oben erkannt werden.

§ 4.

Zur Widerlegung der appellationsgerichtlichen Entscheidung, in so ferne selbe den Geklagten von der Einlassung befreit, führte der königl. Advokat B. in seiner Revisions-Schrift hauptsächlich Folgendes an:

Nur Findel-Kinder erlangen das Forum originis, uneheliche Kinder folgen immer dem Domicile der Mutter; so bestimmt es die Gerichts-Ordnung cap. 1. § 3. Die Mutter des Jacob E., die Freyfrau von D. stand niemals in dem königl. würtembergischen Unterthans-Verbande, sondern sie brachte bloß erst, nachdem sie mit dem Freyherrn von D. in E. bereits Sponsalien geschlossen hatte, die Zeit ihrer Niederkunft bei ihrem Onkel, dem Freyherrn von F. auf seinem im Königreiche Würtemberg gelegenen Schloße D. zu, und hinterließ nach zurückgelegtem Wochenbette ihr neugebornes Kind der Wart und Pflege der Schloßhausmeisterin in genanntem D.

Die Wahl des Ortes für die Niederkunft sowohl, als die Wahl der Pflege-Mutter ist rein zufällig und hing lediglich von der freien Wahl der Mutter des Pupillen ab.

Nun lag es aber gewiß nicht in deren Macht, noch viel minder in deren Absicht, den Knaben unter eine fremde

Landeshoheit zu bringen, welche eben so wenig Rechte über ihn, als er Ansprüche auf das dortige Indigenat hat; denn weder sein Vater noch seine Mutter waren jemals in Würtemberg wohnhaft, noch stammten sie aus diesem Staate ab.

Die Freyfrau von D., welche im Jahre 1811 einen zu E. wohnenden bayer. Cavalier ehelichte, und seit jener Zeit die Stadt E. keinen Augenblick verließ, hat unstreitig ihr domicilium zu E.

Wenn aber dieses von keiner Seite widersprochen wird, so ist es unbegreiflich, wie man noch das Domicil ihres unehelichen Kindes bezweifeln will.

Für die Behauptung, daß sich die Gesetzesstelle cod. jud. cap. 1. § 3. nur auf die Zeit der Geburt des natürlichen Kindes erstrecke, spricht nicht nur kein einziger Grund, sondern sie ist dem Gesetze und der täglichen Erfahrung entgegen; die unehelichen Kinder folgen dem Domicile ihrer Mutter; so oft mithin diese ihr Domicil verändert, so oft müssen ihr die unehelichen Kinder in foro folgen.

Wie ist der Ausdruck: „folgen" zu verstehen?

§ 5.

Das königl. Oberappellationsgericht bestättigte zwar unterm 20. Juni 1825 das zweitrichterliche Erkenntniß in Bezug auf die dermalige Befreiung des Herrn Beklagten von der Streits-Einlassung, rücksichtlich des Forum des Jacob E. aber legte dasselbe eine ganz andere Ansicht in folgenden

Entscheidungs-Gründen

nieder ꝛc. ꝛc.

35.

Da die angebliche Mutter des Pupillen Jacob E. aus dem Großherzogthume Baden gebürtig ist, ihre Familie dort domicilirt, sie daher im ledigen Stande eine Angehörige dieses Staates war, und nur ihrem Oheim auf seinem Gute im Würtembergischen einen Besuch abgestattet hatte, als sie daselbst von dem Pupillen Jacob E. entbunden wurde, so

konnte dieser die Rechte eines Eingebornen des Königreiches Würtemberg und einen dortigen Gerichtsstand nicht erlangen. Auch liegt nunmehr die Erklärung der königl. würtembergischen Regierung des Donau-Kreises vor, daß, da dessen Mutter Theres D. im Jahre 1811 als zur Zeit seiner Geburt eine Staatsangehörige des Großherzogthums Baden gewesen, und zu Würtemberg in keinem Unterthans-Verbande gestanden sey, er nicht als königl. würtembergischer Unterthan betrachtet werden könne.

„Das Edict über das Indigenat Beil. I. zur Verfassungs-Urkunde setzt § 3. fest: durch Naturalisation werde das bayerische Indigenat erlangt, wenn eine Ausländerin einen Bayern heirathet. Die angebliche Mutter des Jacob C. gewann daher durch ihre Verehelichung mit dem Beklagten das bayer. Indigenat, das Domicil und den Gerichtsstand ihres Gemahls in Bayern.“

Die dritte Instanz spricht aus: „daß mit dem Domicile d. Mutter jedesmal auch das Forum des unehelichen Kindes verändert wird.“

Die Gerichts-Ordnung bestimmt cap. 1. § 3.: Uneheliche Kinder folgen dem Domicile ihrer Mutter, ohne zu unterscheiden, ob der mütterliche Wohnsitz immer der nämliche bleibe oder geändert werde, sondern allgemein und unbeschränkt.

Der außereheliche Sohn Jacob C. mußte also dem Wohnsitze seiner Mutter zu E. nur mit Ausnahme des ihm, als außerehelich nicht zukommenden privilegirten Fori folgen, und das königl. Landgericht E. als das ordentliche Gericht dieses Ortes, an welchem sie zur Zeit ihres Todes noch ihr Domicil hatte, ist mithin auch dasjenige ihres unehelichen Kindes, folglich zur Bestelluug der Vormundschaft für dasselbe competent gewesen.

Die Einrede der dem Revidenten Advokat B. fehlenden Legitimation zu dem Processe könnte daher zwar nicht für gegründet gehalten werden.

Die weitere Einrede aber der mangelnden Legitimation zur Sache, daß nämlich Jacob C. ein Sohn der Gemahlin des Beklagten wirklich sey, was dieser widerspricht, hat na-

turam praejudicii an sich, bedarf daher der vorläufigen Erörterung. Cod. jud. cap. 6. § 3. Nr. 3.

Lediglich aus dem Grunde dieser noch mangelnden Legitimation zur Sache mußte also das den beklagten Theil vor der Hand von der Einlassung entbindende Erkenntniß des königl. Appellationsgerichts bestättigt werden.

§ 6.

Die Klage auf die Erbschaft selbst begründete Advokat B. durch nachstehende Deduction:

1. Frau Theresia Freyin von E. sey im Jahre 1811 ausserehelich inprägnirt worden, und habe laut des — bereits ad acta gebrachten Taufscheines — am 15. Mai 1811 einen Knaben Namens Jacob, welchem der Beiname E. gegeben wurde, geboren.

Dieser Knabe sey auf dem Freyherrlich von F.'schen Gute zu O. in Würtemberg geboren und erzogen, und vor zwei Jahren nach P. in Bayern gebracht worden.

2. Freyfräulein v. E. habe in dem nämlichen Jahre 1811 den Herrn Baron von D. in E. geehelichet, sey aber bekanntlich im April 1823 gestorben, ohne außer ihrem erstgebornen Sohne, dem obigen Jacob E., ein anderes Kind erzeugt, oder andere Leibes-Erben hinterlassen zu haben.

3. Nach dem jure sanguinis sey daher Jacob E. der nächste Verwandte und als der einzige Descendent ihr Intestat-Erbe, weil nach dem bayerischen Landrechte ein uneheliches Kind unbedingte Ansprüche auf die Erbschaft seiner Mutter habe, so ferne diese keine eheliche Descendenz hinterlasse.

4. Um aber alle Zweifel zu beseitigen und ihrem erstgebornen einzigen Kinde ihren Rücklaß desto mehr zu sichern, habe Freyfräulein von E. sogar in einer letztwilligen Disposition vom 5. März 1823 erklärt, daß sie nur für jenen Fall, wenn sie ohne Hinterlassung eines Leibes-Erben mit Tod abgehen sollte, ihren Gatten Freyherrn v. D. zum Erben eingesetzt wissen wolle.

Die Erbseinsetzung ihres Gatten hänge daher von einer Bedingung ab, welche nicht in Erfüllung gegangen sey.

§ 7.

Hiegegen wendete Freyherr von D. excipiendo hauptsächlich ein:

1. Da seine Frau eine geborne Badenserin sey, müsse der ganze vorliegende Rechtsfall nach dem Code Napoleon beurtheilt werden;

2. nach dem Code Nap. aber hätten uneheliche Kinder kein Erbrecht auf die Verlassenschaft ihrer Ältern, und es sey mithin die gestellte Klage nngegründet.

3. Wäre sie aber auch gegründet, so sey Jacob C. durch einen eigenen Vertrag vom 6. Januar 1811 von der mütterlichen Erbschaft ausgeschlossen, auf eine Abfindungs-Summe von 600 fl. reducirt, und auf den übrigen Nachlaß seiner Frau Mutter förmlich für erblos erklärt worden.

4. Deßhalb sey auch Herr Beklagter in dem mit seiner Frau abgeschlossenen Ehe-Vertrage d. d. D. und R. 6. und 10. Januar 1811 auf einen bestimmten Theil ihres einstigen Rücklasses eingesetzt worden,

„Falls sie ohne Zurücklassung ehelicher Kinder sterben sollte,“

weil der Fall, wenn sie bloß ein außereheliches Kind hinterlassen sollte, schon vertragsmäßig abgethan war.

5. Überdieß sey Beklagter noch in zwei Testamenten seiner Frau zu ihrem Universal-Erben und zwar ohne alle Bedingung eingesetzt worden; dieses sey besonders der Fall im letzten Testamente vom 5. März 1823 bei dem passus der wirklichen Erbs-Einsetzung; denn die unbedingten Worte der wirklichen Erbs-Einsetzung:

„sie setze demnach denselben zum Universal-Erben ein,“

ließen durchaus keinen Zweifel übrig, daß die Erbs-Einsetzung ganz unbedingt geschehen, und daß er demnach der Universal-Erbe des Nachlasses seiner Frau ganz unbedingt geworden sey.

6. Unter dem Wort- und Sinne-Verstande eines „Leibes-Erben“ sey ein außereheliches Kind nicht begriffen, weil ein solches kein Noth- also auch kein Leibes-Erbe sey, was der

Sprach-Gebrauch und der juridische Begriff des Wortes bewähre.

Es könne daher der gegen ihn angestellten Klage nicht statt gegeben werden.

§ 8.

Was Kläger in seiner Replik noch Wesentliches vorbrachte, ergibt sich aus dem Inhalte des hierauf erfolgten

36.

Erkenntnisses Imae.

worin zu Recht erkannt wurde:

I. Herr Beklagter habe binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist rechtsgenüglich zu beweisen, entweder:

daß in Gemäßheit des Vertrages vom 6. Januar 1811, abgeschlossen zwischen Herrn Beklagten, Freyherrn von D. und seiner verstorbenen Frau Gemahlin Therese, geb. von E. — als damaliger Braut — deren außereheliches Kind Jacob C. von der mütterlichen Erbschaft für immer auf rechtsverbindliche Weise ausgeschlossen, sofort für erblos erklärt wurde; oder

daß die verstorbene Freyfrau von D. unter dem in ihrem Testamente vom 5. März 1823 gebrauchten Worte „Leibes-Erben" nur eheliche Leibes-Erben und keineswegs ihren außerehelichen Sohn Jacob C. verstanden habe.

II. In eventum habe Kläger binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist zu erproben,

daß der in Frage stehende Heiraths-Vertrag d. d. D. 6. Januar u. R. 10. Januar 1811 zu D. im Königreiche Würtemberg abgeschlossen wurde, und daß nach den dort geltenden Gesetzen für den Fall, wenn ein Ehegatte dem andern, insbesondere die Ehefrau dem Ehemanne mehr als 1000 fl. per donationem inter vivos

vel mortis causa zuwenden will, zur Gültigkeit eines solchen Heiraths-Vertrages die gerichtliche Protocollirung desselben erfodert werde.

Suspens. interim expens.

Gründe.

Ad I. 1. Der königl. Advokat B., Vormund des Jacob C., als actenmäßig außerehelichen Kindes der verstorbenen Freyfrau von D., foderte auf den Grund des dem Kinde zustehenden Intestat-Erbrechts und der Ungültigkeit des Testaments vom 5. März 1823 die Herausgabe des Nachlasses der Frau von D. von dem Ehegatten, Freyherrn von D., welcher im Besitze dieses Nachlasses sich befindet, und in Gemäßheit des allegirten Testaments die Erbschaft pro haerede besitzen will.

B. hat demnach die Erbschafts-Klage — haereditatis petitio wider Herrn von D. erhoben.

L. 25. § 18. D. de haer. pet. (53) von Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civil-Rechts III. Bd. V. B. § 191. Schweppe, röm. Privatrecht, 2te Ausgabe. § 851. Cod. civ. bav. P. III. cap. 1. § 9. in not. Nr. 1 et 3.

Die Förmlichkeiten oder Solemnitäten eines Verrrages werd. nach den Statuten d. Ortes beurtheilt, wo er geschloss. wurde.

2. Die Gerichts-Ordnung bestimmt in cap. 14. § 7. übereinstimmend mit cap. 1. § 8 et 11. in not., cap. 3. § 10. in not., dann cap. 19. § 15.; endlich cod. civ. bav. P. III. cap. 3. § 9. in not. Nr. 10 et 11., daß nach dem Statute oder der Gewohnheit des Ortes, wo die Handlung gepflogen wird, gesprochen werden solle, wenn das Statut nur die blosse Form und Solemnität des Actes betrifft; bezieht es sich aber auf die Personen und Güter selbst, so erstrecke es sich nie weiter als auf die in solchem Orte befindlichen Güter.

In Erbschafts-Sach. wird quoad immob. nach den in loco rei sitae geltenden, in Bezug auf die

Nach dem Grundsatze, quod haereditas repraesentet personam defuncti wird in allen Erbschafts-Sachen, quoad *immobilia* nach den Rechten, welche *in loco rei fitae* gelten, in Bezug auf die übrigen Güter und Erb-

schafts-Rechte nach den Rechten des Domicils oder nach den Rechten des Ortes, wo der Erblasser starb, in so ferne er dort wohnte oder begütert war, geurtheilt.

übrig. Güter u. Erbschaftsrechte ab. nach d. Rechten d. Domicils oder nach denen des Ortes, wo d. Erblass. starb, — in so ferne er dort wohnte u. begütert war — geurtheilt.

Leyser, Medit. ad pand. spec. 421.

Daß auch derjenige, welcher sich des fori privilegiati erfreut, nur dann, wenn es auf die Proceß-Form ankömmt, die besondern Gesetze des Gerichts, wo die Klage erhoben wird, ansprechen kann, bei Bestimmung der Rechte und Verbindlichkeiten aber die besondern Gesetze des Wohnortes zur Anwendung kommen, ist in cod. jud. cap. 1. § 11 et 12., dann cap. 19. § 15. deutlich ausgesprochen.

Glücks Commentar über die Pandecten nach Hellfeld § 44. 74 — 76. I. Bd. S. 289. 397 — 401.

Annot. ad cod. civ. bav. P. III. cap. 12. § 1. P. I. cap. 2. § 17.

3. Diese gesetzlichen Bestimmungen auf den concreten Fall angewendet, so ist nicht wohl zu bestreiten, daß bei Entscheidung des gegebenen Erbschafts-Streites die in E. u. P. geltenden Gesetze, sohin das bayer. Land-Recht von 1756 der Richter in Anwendung bringen muß; denn Kläger wohnt jetzt in P. und die Erblasserin ist in E., wo sie auch domicilirte, gestorben, auch umfaßt die Erbschafts-Klage nicht nur die in E. liegenden Güter, sondern auch die übrigen bona vel jura haereditaria, bezüglich welcher auch nach den Rechten des Domicils, da es sich hier nicht um die Solemnität des Actes handelt, den allegirten Gesetzen gemäß zu erkennen ist.

Was übrigens die Behauptung des Herrn Beklagten betrifft, es müsse nach dem Code Napoleon geurtheilt werden, weil die Mutter des Jacob C. aus R. gebürtig sey und dieser dahin gehöre, so ist dieselbe schon um deßwillen ohne allen juristischen Gehalt, da Herr Beklagter selbst zugestand, daß die Mutter in E. ihr Domicil erlangte, welchem *foro* das außereheliche Kind folgt cod. jud. cap. 1. § 3. et

in notis, und da Jacob C. zu D. geboren wurde, wo bekanntlich das französische Gesetzbuch nie gegolten hat.

4. Obwohl nach gemeinen Rechten,

L. 29. § 1. D. de in off. test. (52), v. Wening-Ingenheim § 136. Schweppe § 957.

auch die unehelichen Kinder in Ansehung der Mutter zu den Notherben im engern Sinne gehören, so schließt doch der bayer. Civil-Codex P. III. cap. 3. § 14. Nr. 2. et in not. Nr. 3. in fine die unehelichen Kinder *intuitu matris*, wenn sie nicht per subsequens matrimonium legitimirt wurden, von den Notherben aus, wenn auch das uneheliche Kind in Ermanglung ehelicher Descendenz und anderer Bestimmungen der Mutter, letztere erbt.

Cod. civ. p. III. cap. 12. § 2. Nr. 11. et cap. 3. § 13. Nr. 3. Glücks Intestat-Erbfolge 1803. § 107. —

Da nun Jacob C. durch die nachgefolgte Ehe nicht legitimirt wurde, so stellt er sich nicht als Notherbe seiner Mutter, Therese v. D., dar.

5. Cod. civ. bav. P. III. cap. 3. § 16. in not. Nr. 2 et 4. bestimmt mit klaren Worten: „die Enterbung ist nur für Notherben allein; andere mögen zwar von der Erbschaft ausgeschlossen werden, es ist aber proprie keine Enterbung, und es mag solches gleich geschehen, wie man immer wolle, so kann sich Niemand darüber beschweren, weil die Erbseinsetzung respectu extraneorum res libri arbitrii ist;“ ferner heißt es in notis: daß die Exhaereditatio nur dem Testamente allein eigen sey, per actum inter vivos aber nie geschehen könne; endlich enthält zwar Cod. civ. P. III. cap. 2. § 14. et in not. die Regel: ambulatoria est voluntas hominis usque ad supremum vitae spiritum. L. 4. D. (34. 4.) l. 22. proëm. D. de legatis (32. III.) ein pactum oder actus *inter vivos* gelangt aber sogleich durch den Abschluß zur vollen Kraft und Perfection, obligirt sofort a die der geschehenen Handlung und ist unwiderruflich.

Ein pactum oder actus inter vivos kan durch nachfolgend. Testament nicht widerrufen werden.

Westphal v. Testamenten cap. 1. § 12. Glück l. c. § 1247. XV. Bd. S. 380. et § 1246. S. 374.

Als einen solchen Actus inter vivos erklärt nun Freyherr von D. excipiendo den Vertrag vom 6. Januar 1811, welcher seiner Angabe zu Folge zwischen ihm und seiner Frau Gemahlin unter Beiziehung und Fertigung mehrerer Zeugen und des Vormundes der damaligen minorennen Braut abgeschlossen wurde und die Stipulation enthalte, daß dem unehelichen Kinde (Jacob C.) mit Zustimmung aller Contrahenten ein für allemal von ihrem Vermögen die Summe von 600 fl. zum Beßten der Etablirung, Verheirathung des Kindes ꝛc. eigenthümlich gehören müsse, über diese Summe aber das Kind oder dessen Erben keinen weitern Anspruch mehr unter was immer für einen Titel an mütterlichem Vermögen zu machen haben solle.

Existirt nun wirklich ein solches, auf rechtsgültige Weise contrahirtes Pactum (actus inter vivos), so konnte es auf keine Weise mehr widerrufen werden; es bezielte offenbar eine Ausschließung des unehelichen Sohnes von der Erbschaft der Mutter zum Vortheile des mitcontrahirenden Ehegatten und der übrigen Verwandten der erstern, es läge in diesem Vertrage eine per actum inter vivos geschehene Erbloserklärung, welche kein späteres Testament mehr aufheben könnte und die, wenn gleich Verträge nur salvo jure tertii eingegangen werden dürfen, (Cod. civ. p. IV. cap. 1. § 19. in not. Nr. 5.) auch durch einen solchen, in gesetzlicher Form zu Stande gekommenen Act erfolgen konnte, indem wir die allegirte Ges. Stelle p. III. cap. 3. § 16. in not. Nr. 2. besagt, jeder, der nicht Notherbe ist, von der Erbschaft ausgeschlossen werden kann, wie es nur immer geschehen mag.

6. Kläger hat den Vertrag vom 6. Januar 1811 in Abrede gestellt und Herr Beklagter nicht nur zum Beweise, daß derselbe wirklich und in gehöriger Form abgeschlossen wurde, sich erboten, sondern noch sich bereit erklärt, auch in dem Falle, wenn diese Vertrags-Urkunde nicht mehr existiren sollte, den Inhalt derselben und die wirkliche Erbloserklärung durch Documents-Zeugen zu erproben; Herr Beklagter ist demnach gemäß Cod. jud. cap. 6. § 6.; cap. 9. § 1. Borst

über die Beweislast § 7. 60 — 70. 71. — von Theonar Theorie der Beweise im Civil-Processe — commentirt von J. T. Jury Seite 64 — 227. zur Übernahme des Beweises verpflichtet, und der Richter mußte das Beweis-Thema normiren, wie geschehen; § 16. der Nov. vom 22. Juli 1819.

Gegen gesetzl. gültige Verträge kann ein Minderjähriger, welcher hiebei nicht mitcontrah. hat, keine Restitution geltend machen.

Hiebei verdient übrigens die Behauptung des Klägers, daß dem Pupillen oder dessen Vormund das Recht zustehe, gegen jeden nachtheiligen Vertrag sich restituiren zu lassen, um deßwillen im concreten Falle keine Würdigung, weil zwischen der Mutter und dem Kinde kein förmlicher Vertrag, sondern dieser nur mit ihrem künftigen Ehemanne — eingegangen wurde, und hierin zum Vortheile des Erstern auf eine irrevocable Weise der uneheliche Sohn von fernerer mütterlicher Erbschaft ausgeschlossen wurde, diese Erbloserklärung auch ohne Widerrede des Kindes durch jeden formel gültigen Act geschehen darf.

Cod. civ. p. I. cap. 7. § 30. et in notis.

Die weitern Eingelenke von Induction der Mutter zur Zeit des Contracts-Abschlusses eignen sich zum directen Gegenbeweise, welcher sich auch auf die übrigen vorbehaltenen Einreden gegen die Urkunde selbst erstrecken darf, weßhalb das Gesuch um Edition des Vertrags für jetzt um so weniger zu beachten ist, als die Herausgabe der Documente nur Behufs der Probe resp. Gegenprobe gefodert werden kann, zumal auch keine **actio praeparatoria ad exhibendum** vorliegt. **Cod. jud. cap. 11. § 6. in not.**

7. Im Falle nun Herr Beklagter den ebenerwähnten Beweis nicht herzustellen vermöchte, muß auf das Testament der Freyfrau von D. vom 5. März 1823 recurirt werden. Diese letztwillige Disposition ernennt den Herrn Gemahl, Freyherrn von D., zum Universal-Erben, wenn die Erblasserin ohne Leibeserben sterben sollte; sie enthält daher eine **conditio negativa**, die für keine **substitutio sub modo** zu halten ist. **Cod. civ. p. III. cap. 3. § 11. Nr. 3. et in not.** Geht nun diese Condition nicht in Erfüllung,

so fällt die Erbseinsetzung zusammen. Cod. civ. l. c. p. III. cap. 3. § 10. in not. Nr. 9., wobei es nichts relevirt, ob die Institution theils pure, theils conditionate geschah. — P. III. cap. 3. § 10. Nr. 9., daher auch die vom Herrn Beklagten aus dem röm. Rechte citirte Gesetzesstelle nicht anwendbar ist. — Kläger behauptet, Jacob C. sey ein Leibeserbe der Frau v. D., diese sofort nicht ohne Leibeserben gestorben, die Erbseinsetzung bestehe nicht mehr zu Recht, der uneheliche Sohn sey daher der alleinige Erbe des mütterlichen Gesammtnachlasses.

Daß Jacob C., wenn er als Leibeserbe von der Frau von D. betrachtet wurde, als sie testirte, auf das Testament zu seinem Vortheile sich berufen kann, in so ferne nämlich das pactum vom 6. Jan. 1811 nicht bewiesen würde, geht aus dem bereits Angeführten unverkennbar hervor.

Wenn nun auch nach den Regeln der Interpretation der Testamente

Cod. civ. p. III. cap. 2. § 12. et in not. v. Wenning-Ingenheim III. Bd. § 65. Westphal von Testamenten I. Cap. § 24 — 27. Schweppe § 801.

anzunehmen ist, daß die Testatrix dasjenige wollte, was mit den Rechten am Meisten in Einklang steht,

Leyser medit. ad Pandect. specim. 395. § 1.

und daß sie überhaupt nur das wollte, was mehr glaubhaft, wahrscheinlich und vernünftig ist,

L. 10. § 1. in fine et § 24. D. de reb. dub. (34. 5.)

L. 24. D. de reg. jur. (50. 17.)

daß sohin die Mutter nicht gemeint seyn mochte, ihr leibliches Kind zu enterben, zumal keine eheliche Descendenz vorhanden; — obschon ferner das testamentum reciprocum v. 19. Febr. 1812 gerade dieselbe wörtliche Bestimmung, wenn keine Leibeserben vorhanden, enthält, so fort auch dieser Thatumstand der Vermuthung wieder Raum gibt, die Mutter habe ihres leiblichen, wenn auch ausserehelichen Kindes gedenken wollen, — obgleich endlich unter dem Ausdrucke „Leibeserben“ aus dem Munde der Mutter geflossen,

Unter d. Ausdrucke Leibeserben werden auch uneheliche Kind. verstanden.

Niemand anderer, als das uneheliche Kind, Jacob C., wohl verstanden seyn konnte, Cod. civ. P. III. cap. 1. § 3. in not. Nr. 3. in fine, dann cap. 3. § 25. Nr. 2., insbesondere, da die testirende Mutter nicht des Wortes eheliche Leibeserben, sondern Leibeserben überhaupt sich bediente, welche erstern Worte sie doch hätte gebrauchen sollen, wenn sie nur auf eheliche Leibeserben die gesetzte Bedingung zu beschränken Willens gewesen wäre, so muß doch auf die Behauptung des Herrn Beklagten, daß er beweisen könne, die Testatrix habe unter dem Worte „Leibeserben" Niemand andern als eheliche Leibeserben, und keineswegs das uneheliche Kind Jacob C. verstanden — Rücksicht genommen werden.

Hier ist nämlich der Fall gegeben, welchen das Ld.-R. in P. III. cap. 2. § 12. in not. lit. 2. vorgesehen hat.

Die betreffende Stelle lautet wörtlich also: „Oft geschieht es, daß sich Disponent entweder vor oder nach der Disposition etwas näher über seine Absicht erklärt, und da ist der Casus, von welchen die Auctoren sagen, daß die Interpretation auch durch Zeugen gemacht werden könnte ꝛc."

Da nun der Beweis des erwähnten Assertes des Herrn Beklagten zuläßig, letzteres aber vom Kläger widersprochen ist, so war dem erstern die Probe der angeregten Behauptung aufzulegen, wie im Interlocute enthalten.

Ad II. 1. Der zwischen Herrn Baron v. D. und seiner verblichenen Frau Gemahlin abgeschlossene Ehe-Vertrag d. d. D. den 6. und R. den 10. Januar 1811 bestimmt im IV. Absatze:

„Sollte Fräulein Braut ohne Zurücklassung ehelicher Kinder sterben, so soll ihr rücklassender Gemahl zwar die Abnutzung ihres ganzen Vermögens auf Lebenszeit zu genießen haben, ihm aber von ihrem Vermögen nur 10,000 fl. eigenthümlich zufallen, der Überrest ihres Vermögens aber, (wenn sie nicht sonst darüber testirt haben würde) an ihre nächsten Verwandten übergehen und gleich nach ihrem Tode ihren Verwandten die Erhaltung des Hauptstockes versichert werden."

Nachdem nun Freyfrau v. D. ohne Zurücklassung eines ehelichen Kindes wirklich gestorben ist, so würde, diesem Heiraths-Contracte gemäß im Falle, wenn er rechtsgültig eingegangen wäre und Herr Beklagter die ihm auferlegten Beweise nicht vollführen könnte, wenn sofort Jacob C. als gesetzlicher Intestaterbe auch erklärt werden müßte, dem Hrn. von D. dennoch aus dem Nachlasse seiner Frau Gemahlin 10,000 fl. eigenthümlich und die Nutznießung des ganzen Vermögens für die Dauer seines Lebens per pactum irrevocabile inter vivos gebühren.

Kläger behauptet jedoch die Ungültigkeit dieser Ehepacten, weil sie seiner Angabe zu Folge zu D. im Königreiche Würtemberg abgeschlossen, aber nicht, wie es die dortigen Gesetze in dem Falle gebieten, wenn ein Ehegatte dem andern mehr als 1000 fl. per donationem inter vivos vel mortis causa zuwenden wolle, obrigkeitlich protocollirt worden seyen.

Die Förmlichkeiten oder Solemnitäten eines Vertrages werden nach d. Gesetzen des Ortes beurtheilt, wo d. Handlung vor sich ging.

Daß da, wo es um die äußere Form und die davon abhängige Gültigkeit rechtlicher Handlungen und Geschäfte sich frägt, lediglich die Gesetze des Ortes, an welchem die Handlung vor sich ging, zur Anwendung kommen, ist in cod. jud. cap. 14. § 7. in not. lit. h. et cod. civ. p. I. cap. 2. § 15. in not. eben so klar entschieden, als es dem Einwande des Beklagten „es müßten die Heiraths-Verträge in Ansehung der Förmlichkeiten nicht nach dem Orte, wo der Vertrag eingegangen, sondern nach jenem, wo der Ehemann domicilirt, beurtheilt werden," offenbar an jedem rechtlichen Grunde gebricht.

2. Die Asserte des Klägers bezüglich der Heiraths-Verträge hat Herr Beklagter ausdrücklich widersprochen und des letztern Vorbringen, daß der Heiraths-Vertrag in Bayern abgeschlossen wurde, eignet sich lediglich zum directen Gegen-Beweise.

Dem gemäß fällt die Beweislast hier auf den Kläger, welcher die Ungültigkeit des zur Widerlegung der gegner'schen Ansprüche, excipiendo entgegengestellten Heiraths-

Vertrages nach den in D. geltenden Gesetzen ausdrücklich behauptete.

Danz Grundsätze des ord. Proc. 4te Ausg. § 237.
Borst § 7. 60 — 70.
Cod. jud. cap. 9. § 3. in not. lit. b.

Der Kostenpunct bleibt nach der interlocutorischen Natur dieses Erkenntnisses dem Endurtheile vorbehalten.

A. den 16. Februar 1827.

§ 9.

Auf von beiden Theilen hiegegen eingelegte Berufung

37.

erkannte das königl. Appellationsgericht am 5. Juni 1827 zu Recht:

A. daß die Intestat-Erbansprüche des Klägers Jacob C. im Allgemeinen als wohlbegründet anzuerkennen,

B. der beklagte Freyherr v. D. jedoch binnen 30 Tagen zu dem Beweise zuzulassen sey, daß ihm durch rechtsförmlich abgeschlossenen Ehevertrag vom 6. und 10. Januar 1811 für den Fall, daß seine Ehegattin ohne eheliche Descendenz versterben sollte, von deren Vermögen 10,000 fl. eigenthümlich und von deren sämmtlichen übrigen Vermögen die Nutznießung bis zu seinem Tode zugesichert worden sey.

Die Kosten erster Instanz bleiben suspendirt, die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Gründe.

Jacob C. von R. — als der von der Freyfrl. Theresia von E., nachmals verheiratheten von D. am 15. Mai 1811, außerehelich geborne Sohn, durch Erkenntniß vom 4. Febr. v. J. bereits rechtskräftig anerkannt — nimmt den Nachlaß seiner im April 1823 in E. verstorbenen Mutter auf den Grund der Intestat-Erbfolge in Anspruch, und Freyherr v. D., welcher sich im Besitze dieses Nachlasses befindet, sucht diese Erbschafts-Klage durch die Einreden zu zerstören:

a) daß seine Ehegattin diesen ihren außerehelichen Sohn am 6. Jan. 1811 durch einen mit ihm Beklagten abgeschlossenen Vertrag mit 600 fl. abgefunden und im Übrigen für erblos erklärt, derselbe sofort in keinem Wege ein Recht habe, ihren Nachlaß als Erbe in Anspruch zu nehmen;

b) daß übrigens auch zwei Testamente seiner verstorbenen Ehegattin von den Jahren 1812 und 1823 vorhanden seyen, in welchen er Beklagter und namentlich in jenem letztern pure als deren Universalerbe ernannt wäre, und daß somit der Fall einer Intestat-Erbfolge gar nicht existiren könne;

c) daß, wenn auch selbst diese Erbseinsetzung wegen der in dem fraglichen Testamente vorkommenden Worte „wenn ich ohne Leibeserben versterbe" für bedingt angesehen werden wollte, doch jedenfalls diese Bedingung erfüllt sey, weil

aa) uneheliche Kinder unter dem Begriffe von Leibes-Erben nicht gehörten und

bb) weil die Erblasserin hier insbesondere nur eheliche Leibeserben darunter verstanden habe, und daß endlich

d) für alle Fälle der mit seiner verstorbenen Ehegattin am 6. und 10. Jän. 1811 abgeschlossene Ehe-Vertrag pcto. IV. ihm von ihrem Vermögen 10,000 fl. eigenthümlich und die lebenslängliche Nutznießung des übrigen sichern müßte.

Da es jedoch nach den Gesetzen unbezweifelt gewiß ist, daß auch uneheliche Kinder ihre Mutter ab intestato beerben, wenn sie nicht entweder ex damnato coitu erzeugt sind, oder mit ehelicher Descendenz zusammentreffen, was hier beides der Fall mit dem Kläger Jacob C. nicht ist, oder wenn die Mutter nicht zu Gunsten anderer Personen über ihr Vermögen rechtsgültig disponirt hat,

Cod. civ. p. III. cap. 12. § 2. Nr. 10 et 11. Annot. Nr. 6. lit. b. cap. 3. § 14. Nr. 2. annot. in fine.

so stellt sich obige Erbschafts-Klage an und für sich in so lange und so weit als zuläßig und gesetzlich begründet dar, als sie nicht durch rechtserhebliche Einreden zerstört werden kann, und es kommt sonach bei deren Beurtheilung einzig und allein auf die Würdigung der ihr hier opponirten Exceptionen an.

Was nun zu

a) die erste dieser Einreden, die Behauptung nämlich betrifft, daß die Mutter bereits am 6. Januar 1811 den Kläger mit 600 fl. — ihm dereinst auszuzahlenden mütterlichen Erbtheil — abgefertigt und im Übrigen für erblos erklärt habe, so unterliegt es zwar keinem Anstande, daß sie solches thun konnte, weil ein uneheliches Kind kein Notherbe ist, und sie sofort dasselbe ausdrücklich oder stillschweigend ohne alle und jede besondere Förmlichkeit von ihrem Nachlasse auszuschließen und solchen einem Dritten zuzuwenden befugt war. **L. c. cap. 3. § 13. Nr. 10. 11. annot. Nr. 3. lit. b. — § 16. annot. Nr. 2.**

Allein die blosse Erklärung der Mutter, daß ihr uneheliches Kind sie dereinst nicht beerben solle, macht, in so ferne sie dabei oder in der Folge nicht wirklich zu Gunsten eines Dritten über ihren Nachlaß rechtsbeständig verfügt hat, dieses Kind noch nicht erblos; denn wenn eine anderweitige Vermögens-Disposition fehlt, oder rechtsgültig nicht besteht, tritt dasselbe dessenungeachtet als ihr Intestat-Erbe wieder ein, weil

aa) die Mutter durch die unterlassene anderweitige Vermögens-Disposition, thatsächlich deutlich zu erkennen gegeben hat, daß sie jener Erklärung keine Folge geben wolle,

bb) das unehel. Kind da, wo keine ehel. Descendenz vorhanden ist, der nächste Verwandte und Erbe der Mutter ist.

Cod. civ. p. I. cap. 4. § 3.

„ „ „ III. „ 12. § 1. Nr. 1.

Annot. 1. 2. — und

cc) weil kein gesetzlicher zuläßiger Widersacher vorhanden ist, der dem unehelichen Kinde jenen Rücklaß streitig machen könnte.

Dieses vorausgesetzt, stellt sich nun aber diese erste Einrede, in so weit sie durch den dafür angeführten Punct IV. des angeblich abgeschlossenen Vertrages vom 6. Jän. 1811, abgesehen von dem Ehe-Vertrag de eodem dato begründet werden wollte, als gänzlich ungegründet dar, indem hierin die Mutter mit Einwilligung des Freyherrn von D., ihres

Bräutigams ihrer unter ihrem Herzen tragenden Leibesfrucht zwar 600 fl. jedenfalls zugesichert und im Übrigen sich die freie Disposition über ihr Vermögen gegen jeden Einspruch ihres zu erwartenden Kindes gesichert hatte; über dieses Vermögen dabei jedoch nicht zu Gunsten des Freyherrn v. D. oder eines dritten, den jener ohnehin nicht zu vertreten haben würde, nicht verfügt hat. Auch ändert der Umstand hierin nichts, daß jene Erklärung der Mutter in einem, mit dem nunmehrigen Excipienten abgeschlossenen Vertrag vorkömmt, weil ihm damit, so weit wenigstens, als er solchen — getrennt von seinen Ehepacten — ausgeschrieben hat, keine Rechte eingeräumt worden sind, und folglich auch von Seite der Mutter keine unwiderrufliche, vertragsmäßige Verbindlichkeit gegen ihn jener Erklärung Folge zu geben entstanden ist.

Es ist demnach auch der Beweis über die Existenz dieser fraglichen Erbserklärung, wie solcher Nr. 1. Abschn. 1. des erstrichterlichen Erkenntnisses vom 20. Febr. 1827 dem Beklagten zugelassen werden wollte, für die Entscheidung dieser Rechtssache unerheblich und somit unstatthaft.

Eben so wenig zu

b) steht dem Kläger in seinen Intestat-Erbansprüchen ein Testament entgegen, worin der Beklagte mit Umgehung desselben *pure* als der Universalerbe der unehelichen Mutter eingesetzt worden wäre; denn in den beiden Testamenten v. J. 1812 und 1823, die Freyherr von D. für sich angeführt und die er anerkannt hat, heißt es nur, daß er Erbe seyn solle, im Falle die Testatrizin ohne Leibeserben versterben würde. — Durch diesen Beisatz erscheint seine Erbs-Einsetzung, wie schon der Richter I. angenommen und in seinen Entscheidungs-Gründen genügend entwickelt hat, als durch die Voraussetzung der Nichtexistenz eines Leibes-Erben bedingt und es relevirt hiegegen so wenig, daß die Bedingung im Eingange des letztern Testamentes v. J. 1823 und die Erbseinsetzung in einem Folgesatze steht, als es ganz ungegründet dagegen ist, was Freyherr von D. von einer theils bedingten, theils unbedingten Erbseinsetzung sagt; denn

zum ersten bestimmt eben die von demselben für sich angeführte Gesetzesstelle Cod. civ. P. III. § 10. Nr. 16. gerade ganz klar und deutlich, daß man bei einem Zweifel, ob eine Disposition für bedingt oder unbedingt zu nehmen sey, nicht auf die einzelnen Redetheile, sondern auf den ganzen Zusammenhang der Rede und vorzüglich darauf sehen solle, ob hienach die Disposition auf einen künftig und ungewissen Zufall ausgestellt sey, ein Fall, der hier, wo dieselbe — sie mochte unter dem Ausdrucke Leibeserben, ihren schon gebornen aber abwesenden Sohn Jacob C. oder die für den Fall der Wiedergenesung etwa noch gehoffte eheliche Descendenz verstanden haben — die Erbseinsetzung vor dem ungewissen Ergebnisse der Existenz oder Nichtexistenz eines Leibeserben in dem Augenblicke ihres Todes abhängig gemacht hat, offenbar eingetreten ist; — zum andern aber hier von einer theils bedingten und theils unbedingten Erbseinsetzung in dem Sinne, wie solche Appellant Freyherr v. D. nimmt, gar nicht die Rede ist, indem in den fraglichen Testamenten nur er bedingt — der Leibeserbe aber nur als die Bedingung angeführt, keineswegs aber als Erbe eingesetzt ist.

Ist hienach aber zu

c) die Voraussetzung nicht vorhanden, die Freyherr von D. in seiner dritten Einrede aufgestellt hat, und fragt es sich sonach darum, ob die Bedingung, unter welcher seine Erbs-Einsetzung allein wirken kann, existire oder nicht, so muß seiner dagegen aufgeführten Gründe ungeachtet doch das letztere und zwar schon jetzt, und ohne Zulassung des ihm im erstrichterlichen Erkenntnisse Nr. 1. Abs. 2. aufgelegten Beweises angenommen werden; denn

aa) lebte zur Zeit, als die Testatrizin gestorben ist, ihr unehelich im Mai 1811 geborner Sohn Jac. C. wirklich noch;

Unter dem Ausdrucke „Leibeserben" werden auch uneheliche Kinder verstanden.

bb) ist es außer allem Zweifel, daß Kinder, sie mögen aus einer ehelichen oder außerehelichen Vereinigung ihrer Ältern entstanden seyn, vermöge der Zeugung und der Geburt und bei der Mutter, welche immer gewiß ist, ganz unabhängig von einer Anerkennung,

die Leibeserben und zwar nächsten Leibeserben ihrer Ältern sind; Cod. civ. p. I. cap. 4. § 5. Nr. 1 et 5. — P. III. cap. 12. § 2. — P. III. cap. 10. § 8. Nr. 2. annot. b. — P. IV. cap. 18. § 6. annot. f. — so wie denn hier nach dem von dem Beklagten (siehe oben zu a) angeführten Vertrag vom 6. Jan. 1811, die Mutter diesen ihren Sohn Jacob C. auch noch insbesondere für die außereheliche Frucht ihres Leibes dadurch anerkannt hat, daß sie ihn, wie Beklagter behauptet, mit 600 fl. abfinden und ihm jede weitern Ansprüche auf ihren dereinstigen Nachlaß entziehen zu wollen erklärt haben soll. Endlich

cc) bedarf und leidet der Ausdruck: „Leibeserben" in der Testatrizin letztwilligen Disposition eine Interpretation und eine deßfallsige Beweis-Zulassung über den Sinn, den die Erblasserin damit verbunden hat, durchaus nicht, indem dieser Ausdruck deutlich an sich alle jene bezeichnet, die aus unserm Leibe und aus unserm Blute entsprossen sind, und indem von einer Mutter, welche schon ein außereheliches Kind geboren, und eheliche Kinder, wie der am 6. u. 10. Jan. 1811 abgeschlossene Ehe-Vertrag nachweist, gehofft aber zur Zeit ihrer Testaments-Errichtung aus den Umarmungen ihres Gatten noch nicht empfangen hatte, und welcher sonach die besondere Abtheilung in uneheliche und eheliche Leibeserben wohl bekannt war, nicht angenommen werden kann, sie habe damit eine *species* bezeichnen wollen, zu welcher — abgesehen von einer mehr als 10jährigen gegen sie bewährten Unfruchtbarkeit ihres Ehegatten, — damals schon wegen ihrer Krankheit gar keine oder wenigstens sehr unwahrscheinliche Hoffnung vorhanden war, und sie habe dagegen die andere *species* auszuschließen bezweckt, welche als die einzige Frucht ihres Leibes ihr nach Naturgesetzen werther als irgend ein Fremder seyn mußte, und indem endlich die Beweis-Zulassung über einen andern und beschränktern Sinn eines an sich deutlichen, klaren und ohne Zwang wohlverständlichen Ausdruckes nebstbei um deßhalb unzuläßig erscheint, weil Niemand in das Herz des Menschen sehen und dessen darin verschlossenen Willen erkennen kann, Annot. ad cod. civ. p. III.

cap. 12. § 1. Nr. 1., sich sofort die Beweisführung auf Thathandlungen, die in der äußern Welt erscheinen und aus denen der innere Wille erkannt werden könnte, erstrecken müßte, solche Thathandlungen oder Äußerungen der Testatrizin vor oder nach der Testaments-Faction von dem Excipienten aber nicht angebracht worden sind, und folglich, da nur Thatsachen Gegenstand einer Beweis-Auflage seyn können, auch eine solche Beweisführung nicht zugelassen werden kann. Cod. jud. cap. 9. § 3. Nr. 2. annot. a. b.

Seufferts deutsches P. R. cap. 12. § 9. — Genslers Archiv für civil. Praxis I. Band 3. Heft Nr. 23. — Danz ordentl. Proc. 3te Auflage § 237.

Dagegen zu

d) ist die letzte Exceptions-Behauptung des Beklagten, daß nämlich nach dem mit seiner verstorbenen Ehegattin am 6. und 10. Januar 1811 abgeschlossenen gegenseitigen Ehe-Vertrag ihm für den eingetretenen Fall, daß die Braut und Ehegattin, ohne eheliche Leibeserben sterben sollte, von dem eheweiblichen Vermögen 10,000 fl. eigenthümlich, von dem übrigen aber die lebenslängliche Nutznießung zufallen solle und müsse, nicht nur zuläßig, sondern auch erheblich.

Zuläßig ist sie, weil aus dem, daß er seiner Ehegattin über ihr Vermögen zu testiren verstattet und nach ihrem Tode ihre hinterlassenen Testamente anerkannt hat, ein Verzicht auf jene ihr aus einem frühern Vertrage zustehenden unwiderruflichen Rechte nur deßhalb nicht gefolgert werden kann, weil er

aa) dieselbe ohne widerrechtlichen Zwang nicht hindern konnte, durch letzten Willen über ein Vermögen zu verfügen, worüber sie wenigstens bezüglich auf das Eigenthum desselben noch keine Rechts-Verbindlichkeit eingegangen hatte;

bb) eine Disposition, wodurch sie die ihm vertragsmäßig und unwiderruflich eingeräumten Rechte verletzt hätte, ihn nicht gebunden und ihm nicht präjudicirt haben würde, und weil

cc) ein letzter Wille, worin sie über das, was er vertragsmäßig fodern konnte, hinaus ihm weiters etwas zuwendete, jene Vertrags-Rechte unverletzt ließ, somit

dd) dessen Anerkennung auch niemals eine solche Thathandlung enthält, welche einen Verzicht involviren könnte. Cod. civ. P. IV. cap. 15. § 10. annot. 1.

Erheblich aber erscheint sie, weil, wenn gleich die Intestat-Erbfolge-Klage nicht gänzlich damit zerstört wird, dieselbe dadurch doch in dem Erfolge und in der Wirkung auf jene Vermögens-Theile der Erblasserin begränzt wird, worüber sie mit Umgehung ihres unehelichen Sohnes in dem Vertrage vom 6. und 10. Jan. 1811 zu Gunsten des dermaligen Beklagten noch nicht verfügt hatte; Cod. civ. P. III. cap. 3. § 14. Nr. 10. 11. annot. Nr. 3. et § 16. annot. 2. — und wodurch, in so weit dieses geschehen wäre, dem Kläger in der Person des Beklagten ein *legitimus* contradictor erwachsen war.

Cod. civ. P. III. cap. 12. § 1. Nr. 1. annot. 1.

Allein diese Einrede ist nur vorgebracht, aber zur Zeit nicht erwiesen; denn Excipient hat den Ehe-Vertrag vom 6. und 10. Januar 1811, worin sie sich begründen soll, weder in originali, noch in Abschrift der Exception angefügt, sondern nur dessen angeblichen Inhalt pcto. IV. erzählend angeführt und Kläger dagegen nicht nur Repliken vorgebracht, sondern namentlich sich dagegen seine Einreden bis zur Original-Production oder Edition dieses Vertrages vorbehalten: Verhältnisse, unter welchen weder nach Cod. jud. cap. 6. § 7. annot. a. ein stillschweigendes Zugeständniß angenommen, noch nach l. c. cap. 11. § 7. Nr. 1. 2. annot. a. b. gesagt werden kann, daß der Inhalt des IV. Punctes jenes Vertrages selbst zugestanden sey; — es muß also Beklagter die Existenz eines solchen Vertrages und zwar rechtsverbindlich abgeschlossenen Vertrages und resp. daß ihm hierin das Eigenthum von 10,000 fl. und die Nutznießung des übrigen eheweiblichen Vermögens zugesichert worden sey, beweislich darthun, bevor von einem Gegenbeweise die Rede seyn kann.

Was dabei aber den dem Kläger nach dem erstrichterlichen Erkenntnisse sofort nur mehr eventuel obliegenden indirecten Gegenbeweis (der directe bleibt ihm ohnehin vorbehal-

ten) angeht, so fällt dieser nunmehr dadurch als überflüßig weg, weil derselbe in seiner Berufungs-Schrift seine Replik dahin erläutert, daß er sich deßhalb nicht auf die Würtemberger Landes-Orts-Gesetze, sondern nur auf die Grundsätze des gemeinen Rechts, welche nach dem nunmehrigen Zugeständnisse beider Theile in D. gelten, bezogen habe, diese aber bekannt sind und keines Beweises bedürfen.

Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, reformando erkannt werden.

Die Compensation der Kosten dieser Instanz rechtfertigt sich dadurch, daß kein Theil mit seiner Berufung ganz durchgedrungen hat.

§ 10.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte der Beklagte Freyhr. von D., und es erfolgte sodann unterm 5. Juni 1828 vom königl. Oberappellationsgerichte folgender Ausspruch.

38.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streitsache der Curatel des Jacob C. gegen Freyherrn von D. pcto. haereditatis zu Recht:

Der beklagte Freyherr von D. habe, vorbehaltlich der Gegenprobe binnen zerstörlicher Frist von 30 Tagen zu beweisen, entweder

1. daß seine verstorbene Gattin Therese, geborne Freyin von E. durch eine am 6. Jan. 1811 abgegebene Erklärung ihr außereheliches Kind gegen eine festgesetzte Abfindungs-Summe für immer von der Succession in ihr übriges Vermögen ausgeschlossen habe; oder

2. daß seine genannte Gattin sonst zu erkennen gegeben habe, daß sie unter dem in ihrer letztwilligen Disposition gebrauchten Ausdrucke: „Leibeserben“ nur eheliche Descendenten verstanden habe;

3. für den Fall, daß Freyherr von D. keinen der zu 1. und 2. bezeichneten Thatumstände genügend zu beweisen ver-

möchte, habe derselbe binnen der genannten Frist vorbehaltlich des Gegenbeweises zu erproben, daß ihm durch einen rechtsförmlich abgeschlossenen Ehe-Vertrag vom 6. und 10. Januar 1811 auf den Fall, wenn seine Gattin ohne eheliche Descendenz versterben sollte, von deren Vermögen zehntausend Gulden eigenthümlich, und von deren sämmtlichen übrigen Vermögen die Nutznießung bis zu seinem Tode bedungen worden sey.

Die Kosten erster Instanz, so weit darüber nicht schon rechtskräftig entschieden ist, bleiben suspendirt, die Kosten der Berufungs-Instanzen aber werden compensirt.

Gründe.

Der für den Jacob C. aufgestellte Official-Anwalt bestreitet die Gültigkeit der letztwilligen Disposition der verstorbenen Freyin von D., gebornen Freyin von C., nicht wegen Mangels der gesetzlichen Requisiten, sondern gründet vielmehr seine Klage auf die Behauptungen, daß Freyherr von D. in dem Testamente seiner Gattin nur unter der Bedingung zum Universal-Erben berufen worden sey, wenn die Erblasserin ohne Leibeserben vor ihm versterben würde und daß diese Bedingung ermangelt habe, indem Jacob C., natürlicher Sohn der Testatrix als Leibeserben derselben angesehen werden müsse.

In so ferne diese Prämissen als richtig angenommen werden könnten, würde sich der Schluß, daß die Erbseinsetzung zusammenfalle und die Intestat-Erbfolge geöffnet werde, durch das Gesetz **Cod. civ. P. III. cap. 3. § 10. Nr. 14.** von selbst rechtfertigen.

I. Daß nun Freyherr von D. in dem testamento reciproco nur unter der erwähnten Bedingung zum Erben eingesetzt worden sey, läßt sich mit Grund nicht bestreiten.

In der letztwilligen Disposition vom 5. März 1823, worauf es bei der vorliegenden Streitsache allein anzukommen hat, sind zwar zwei Sätze enthalten, und die fragliche Bedingung ist in dem zweiten Satze nicht mehr ausdrücklich wiederholt; allein

a) obwohl eine bedingte Erbs-Einsetzung nicht vermuthet wird, so ist doch in dem ersten Satze die haeredis institutio ausdrücklich und bestimmt von dem ungewissen künftigen Ereignisse abhängig gemacht, wenn die Freyfrau von D. ohne Leibeserben versterben würde.

Der zweite Satz hingegen ist nicht getrennt und selbstständig gestellt, sondern wird durch das Wort demnach mit dem Vorangehenden in Verbindung gesetzt.

Es finden daher auch die Gesetze **Lex 27. § 1. et 67. de haered. institut.** keine Anwendung, da hierin zwei unter sich unabhängige Institutionen vorausgesetzt werden.

b) Nach **Cod. civ. P. III. cap. 3. § 11. Nr. 3.** wird zwar im Zweifel immer mehr ein **modus, causa** oder **demonstratio** als eine Bedingung vermuthet.

Hätte die Freyfrau von D. in der Art disponirt: „Es war immer mein Wille, daß, wenn ich ohne Leibeserben versterben würde, mein Ehegatte mein Erbe seyn soll; ich setze demnach ꝛc. ꝛc.," so hätte man annehmen können, daß die Erblasserin, da sie in ihrer damaligen Lage eheliche Kinder wahrscheinlich nicht mehr erwarten konnte, im ersten Satze nur den Beweggrund angeben, und im zweiten ihren Ehegatten unbedingt als Erben habe einsetzen wollen.

Die Disposition lautet aber so: Es sey ihr letzter und freier Wille, daß, im Falle sie vor ihrem Gemahl ohne Leibeserben versterben sollte, dieser ihr einziger Erbe seyn soll; sie setze demnach denselben zum Universal-Erben ein.

Die Erblasserin drückte hiedurch ihren gegenwärtigen letzten Willen bestimmt aus; es kann daher der zweite Satz nicht anders gedeutet werden, als daß Freyherr v. D. nach diesem ihren letzten Willen, das ist, unter der angegebenen Bedingung als Erbe instituirt worden sey.

II. Hienach besteht die Streitfrage nur noch darin, ob die mit der Erbs-Einsetzung verbundene Bedingung in Erfüllung gekommen sey, oder nicht?

A. Es ist ausgemacht, daß die Freyfrau von D. ohne Hinterlassung ehelicher Kinder gestorben sey; dagegen ist es aber auch rechtskräftig ausgesprochen, daß Jacob C. der

leibliche, wiewohl uneheliche Sohn der Erblasserin sey, welcher actenmäßig bereits am 15. Mai 1811 geboren wurde, und seine natürliche Mutter überlebt hat.

Nach dem gewöhnlichen, grammaticalischen Sinne versteht man unter dem Worte: „Leibeserben“ eine durch Zeugung oder Geburt mit dem Erblasser verbundene Person, welche zugleich dessen Intestat-Erbe ist.

Obwohl nun Jacob E. nach dem ursprünglichen Domicile seiner Mutter anfänglich als ein Staatsangehöriger des Großherzogthums Baden zu betrachten war, so hat doch die Freyin v. E. durch ihre legale Verehelichung mit dem Freyherrn von D. ihr Domicil zu E. in Bayern erlangt.

Nach der Bestimmung Cod. civ. P. III. cap. 12. § 1. Nr. 6. müßen streitige Erbschafts-Fälle ab intestato, so viel die Personal-Ansprüche belangt, nach den Gesetzen des Ortes entschieden werden, wo der Erblasser sein Domicil gehabt hat.

Personal-Ansprüche werden in Erbschaftsfällen nach den Gesetzen des Ortes entschieden, wo der Erblasser sein Domicil hatte.

Dem zufolge sind die Erbs-Ansprüche des Jacob E. in jedem Falle nach den bayerischen Gesetzen zu beurtheilen.

Es wurde nicht behauptet, daß Jacob E. aus verdammter Geburt entsprossen sey. Andere uneheliche Kinder (naturalis et spurii) sind zwar nach Cod. civ. P. III. cap. 3. § 14. Nr. 2. keine Notherben; sie erben aber nach Cod. civ. P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10 et 11. ihre natürliche Mutter in dem Falle, wenn dieselbe keine eheliche Descendenz hinterlassen hat.

Da nun die Freyfrau von D. weder zur Zeit, wo sie ihre letztwillige Disposition errichtete, noch zur Zeit ihres erfolgten Todes mit ehelichen Kindern versehen gewesen ist, so war Jacob E. ihr nächster Intestat-Erbe; derselbe kann daher unter der Benennung: „Leibeserbe“ allerdings gemeint seyn, und dem gemäß ist die Klage desselben an sich selbst und im Allgemeinen nicht als ungegründet zu verwerfen.

B. Freyherr v. D. wendete aber dagegen ein, daß seine verstorbene Ehegattin unter dem Worte: „Leibeserben“ nicht

ihren unehelichen Sohn, sondern nur eheliche Kinder verstanden habe.

Neben andern nicht unerheblichen Vermuthungs-Gründen berief sich derselbe auf einen Vertrag vom 6. Januar 1811, worin seine verstorbene Gattin ihr uneheliches Kind für immer von ihrer Erbschaft ausgeschlossen haben soll und erklärte, auch durch Zeugen beweisen zu können, daß seine Gattin unter dem Worte: „Leibeserben" nur eheliche Kinder verstanden habe.

Nun ist:

Unter dem Ausdruck: „Leibeserben" werden im Allgemeinen auch uneheliche Kinder verstanden.

1. der Ausdruck: „Leibeserbe" eine generele Bezeichnung, welche verschiedene Species, als männliche und weibliche Descendenten, Kinder und Enkel, so wie auch eheliche und uneheliche Kinder in sich begreift.

In der Regel werden sogar nur eheliche Kinder darunter verstanden, weil nach dem angeführten Gesetze die unehelichen nur ausnahmsweise erbfähig sind.

Wenn gleich in Ansehung der Freyfrau von D. diese Ausnahme wirklich gegeben war, so muß es doch berücksichtigt werden, daß eine Ehefrau, zumal in einem testamento reciproco, wie jenes vom 19. Februar 1812 ist, ordentlicher Weise nur auf eheliche Kinder Bedacht zu nehmen pflegt.

Der Ausdruck „Leibeserbe" ist daher selbst unter den gegebenen Umständen keineswegs völlig bestimmt und unzweifelhaft; dieses wäre vielmehr nur dann der Fall gewesen, wenn sich die Erblasserin des Beisatzes „eheliche oder uneheliche" bedient hätte und nur in diesem Falle müßte die Vorschrift **Cod. civ. P. III. cap. 2. § 12. Not.** zur Anwendung kommen.

Sind aber die Worte zweifelhaft und von verschiedener Bedeutung, so muß nach **Cod. civ. l. c. Nr. 4.** vorzugsweise die wahre Absicht des Disponenten durch vernünftige und wahrscheinliche Muthmassungen zu entdecken gesucht werden.

2. Eine sehr erhebliche Präsumtion wäre aber dann begründet, wenn die von dem Beklagten aufgestellte, von den Klägern aber widersprochene Behauptung bewiesen werden

könnte, daß die Freyfrau von D. selbst erklärt habe, unter dem Worte: „Leibeserben“ nur eheliche Kinder, nicht aber den unehelichen Sohn verstanden zu haben.

Was nun den Separat-Vertrag vom 6. Januar 1811 betrifft, so kann zwar nach den eigenen Asserten des Beklagten nicht angenommen werden, daß die Freyfrau v. D. dadurch gehindert worden wäre, ihren natürl. Sohn dessenungeachtet zum Erben ihres disponiblen Vermögens zu berufen; denn nach dem eignen Vorschreiben des Beklagten hatte sich dieselbe in den Ehepacten das freie Dispositions-Recht über den Rest ihres Vermögens vorbehalten, sie konnte daher, ohne die Rechte des Gatten zu verletzen, nach Belieben darüber verfügen.

Ein pactum oder actus inter vivos kann durch nachfolgend. Testament widerrufen werden.

Allein, wenn die Freyfrau von D. in dem fraglichen Vertrage (auf dessen Förmlichkeiten übrigens nichts ankommt, weil Jacob C. kein Notherbe ist) ihr natürliches Kind mit einem gewissen Quantum ein für allemal abgefertiget und von ihrem übrigen Nachlasse ausgeschlossen haben sollte, so läge in dieser Erklärung ein entscheidender Vermuthungs-Grund dafür, daß sie unter dem Worte „Leibeserben“ nur eheliche Kinder verstanden habe.

Wenn sich auch vom Januar 1811 bis zum Jahre 1823 die Verhältnisse in mehreren Beziehungen geändert haben, so konnte doch von dem Kläger kein Thatumstand angeführt werden, woraus hervorginge, daß die Erblasserin ihre Intention hinsichtlich ihres natürlichen Sohnes geändert habe; vielmehr zeigen die von dem Kläger selbst beigebrachten Urkunden, daß die Freyhr. von D.'schen Ehegatten noch im J. 1811 gegen jede Erhöhung der Alimentations-Gelder protestirt, und das festgesetzte Quantum von 1821 bis 1823 im Ausstande gelassen haben.

Außerdem hat die Freyfrau v. D. selbst kurze Zeit nach ihrer Verehelichung, nämlich den 19. Febr. 1812, wo gewiß noch keine Abänderung ihrer Intention zu vermuthen war, ihren Ehegatten genau unter derselben Bedingung, wie im Jahre 1823 zum Erben instituirt.

Demnach mußte der Beklagte zu dem Beweise des widersprochenen Assertes zugelassen werden.

3. Sollte er diese Probe zu liefern nicht vermögen, so ist es von gleicher rechtlicher Wirkung, wenn dargethan werden kann, daß die Erblasserin bei einer andern Gelegenheit zu erkennen gegeben habe, daß sie unter dem Worte: „Leibeserben“ nur eheliche Kinder begriffen habe.

Zwar ist die innere Intention nicht wahrnehmbar; allein da sich der Beklagte erklärt hat, diesen Beweis durch Zeugen liefern zu können, so versteht es sich von selbst, daß diese Zeugen nur von ausdrücklichen Erklärungen der Erblasserin zu deponiren haben, woraus sich auf ihre Absicht schließen läßt. Es war also der Beklagte zur Führung dieses alternativen Beweises zuzulassen.

Übrigens ist es beiden Theilen unbenommen, zur Bestärkung des Beweises und resp. Gegenbeweises sich auch auf jene von ihnen angeführten Vermuthungs-Gründe zu beziehen, welche entweder auf unbestrittenen Thatsachen oder auf den Gesetzen selbst beruhen.

III. Nur in dem Falle, wenn der Beklagte keine der obigen Thatsachen zu beweisen vermöchte, hätte es auf die Bestimmungen des angeblich errichteten Ehe-Vertrags anzukommen, worüber die II. Instanz dem Freyherrn von D. in eventum den Beweis auferlegt hat.

Gegen die Normirung dieses Beweises ist von keinem Theile appellirt worden.

Die Beschwerde des Freyherrn v. D. darüber, daß ihm dieser Beweis früher auferlegt worden, als über die Gültigkeit der Erbseinsetzung rechtskräftig abgeurtheilt worden, ist hingegen nicht begründet. Denn der Beklagte hat sich in eventum selbst auf diese Ehepacten bezogen, und es wurde von den Theilen vollständig darüber verhandelt. Der Beweis ist dem Beklagten auch nur in eventum aufgelegt; er ist also dadurch in keinem Falle widerrechtlich beschwert, und kann wider Willen des Klägers nicht verlangen, daß dieser bereits instruirte Gegenstand ad separatum zur wiederholten Verhandlung ausgesetzt werde.

Das Urtheil über die Kosten erster Instanz bleibt dem Endesbescheide vorbehalten, die Kosten der Berufungs-Instanzen hingegen wurden bei der Verschiedenheit der Erkenntnisse compensirt.

Competenz betr.

Einleitung.

Wie weit erstreckt sich die Competenz der königl. Rentämter b. Ertheilung od. Verweigerung s. g. Umschreib-Certification: bloß auf die Prüfung eines Ankunfts-Tit überhaupt, od. auch auf die Untersuch. seines rechtlichen Bestandes?

Das königl. Ärar hatte an dem Pfarrer Dionys H. zu H. später zu V. eine Bauschillings-Foderung gut, wegen welcher das Rentamt Sch. bei dem königl. Landgerichte daselbst unterm 18. Februar 1820 die gerichtliche Beschlagnahme und den Verkauf einiger, dem Pfarrer H. gehörigen, Grundstücke nachsuchte, welchem Begehren auch das königl. Landgericht unterm 23. ejusd. ohne weiters deferirte.

Pfarrer H. beschwerte sich jedoch hiegegen bei dem königl. Appellationsgerichte, welches durch Erkenntniß vom 12. Februar 1821 den auf die bemerkten Grundstücke gelegten Arrest aufhob, und welches Erkenntniß auch in III^tia bestättiget wurde.

Pfarrer H. cedirte sodann am 31. Juli 1822 diese Grundstücke seinem Schwager Anton Sch., Metzger zu H. resp. dessen Kindern; als sich nun Anton Sch. an das Rentamt Sch. Behufs der Protocollirung der erwähnten Cession mit der Bitte um ein sogenanntes Umschreib-Certificat wendete, wurde ihm dieses mit dem Bemerken verweigert, daß das Ärar diese Grundstücke als Hypothek für seine Bauschillings-Foderung betrachte.

Sch. wendete sich hierauf zuerst am 29. Oct. 1823 an das königl. Landgericht Sch. mit der Bitte, das kön. Rentamt zur Ausfertigung des Umschreib-Zettels unter dem Prä-

judiz aufzufodern, daß außerdem die Protocollirung nichts desto weniger vor sich gehen würde, und als ihm das königl. Landgericht Sch. unterm 4. Nov. ejusd. anni eröffnete, daß seinem Gesuche nicht entsprochen werden könne, da dem Landgerichte über Handlungen des königl. Rentamts keine Cognition zustehe, beschwerte er sich am 22. ejusd. bei der königl. Regierung, Kammer der Finanzen und bat, das Rentamt zur Ausfertigung des Umschreibzettels anzuhalten; allein die königl. Regierung sowohl als das königl. Ministerium der Finanzen bedeuteten ihm, daß das Rentamt an der Verweigerung des Umschreibs-Certificats recht gethan habe.

Anton Sch. beschritt nun den Rechtsweg, bat das kön. Appellationsgericht:

das königl. Landgericht S. zur Verbriefung der Cession zu beauftragen und nachdem über diese Beschwerde des Anton Sch. der Fiscus mit seiner Erinnerung gehört und ein förmlicher Schriftenwechsel durchgeführt worden war, ergingen

I. vom kön. Appellationsgerichte unterm 11. Apr. 1825 und

II. vom kön. Oberappellationsgerichte unterm 31. Januar 1826 folgende Aussprüche.

39.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den D*** Kreis in der Streitsache des Metzgers Anton Sch. von H. gegen den königl. Fiscus, verweigerte Herausgabe eines rentämtlichen Umschreibe-Zeugnisses betr., zu Recht:

daß der königl. Fiscus, vielmehr das kön. Rentamt Sch., verbunden sey, dem Kläger Sch. zum Behufe der gerichtlichen Protocollirung der demselben vom Pfarrer H. cedirten und im Landgerichts-Bezirke Sch. gelegenen Grundstücke das nöthige Umschreib-Certificat zu ertheis-

len und die durch die Verweigerung dieses Zeugnisses sich ergebenen gerichtlichen Kosten allein zu tragen.

Gründe.

1. Der Metzger Anton Sch. von H. behauptete, daß ihm der nun verstorbene Pfarrer Dionys H. in V. 21 Tagw. 27 Decim. Grundstücke, welche in dem Landgerichts-Bezirke Sch. entlegen sind, titulo oneroso eigenthümlich überlassen habe, weßhalb er sich theils auf die Notorietät des königl. Landgerichts Sch. bezog, theils auch durch Vorlage einer Abschrift desjenigen Vertrages auswies, welchen er am 10. Dec. 1822 mit seinen Kindern erster Ehe hinsichtlich deren Mutterguts bei dem königl. Landgerichte Sch. geschlossen hat, und worin ausdrücklich angeführt ist, daß gedachter Pfarrer H. die bisher eigenthümlich besessenen Grundstücke unterm 31. Juli 1822 dem Anton Sch. cedirt habe.

Als dieser nun erwähnte Grundstücke auf sich umschreiben und gerichtlich protocolliren lassen wollte, zu welchem Zwecke er das rentamtliche Steuerumschreibs-Certificat bedurfte, verweigerte das königl. Rentamt Sch. die Vornahme solcher Umschreibung der Pfarrer H.'schen Realitäten zu H. auf Anton Sch. und die Ertheilung des dem Kläger deßhalb nöthigen Certificats in so lange, „bis," wie die Urkunde des königl. Rentamts Schr. vom 12. April 1823 wörtlich enthält, „die Streitsache des Pfarrers H. entschieden und die schuldigen 364 fl. 22 kr. Bauschillings-Rest, wofür die fraglichen Realitäten bis zum Ausgange der Sache als Unterpfand angesehen werden, an das königl. Rentamt bezahlt seyn würden;" und auf die von Anton Sch. deßhalb gegen den königl. Fiscus bei dem hiesigen Gerichtshofe als der ersten Instanz des Beklagten erhobene Klage beharrte das königl. *** Kreis-Fiscalat auf dieser von dem königl. Rentamte Sch. erklärten und den vorgesetzten königl. Finanzstellen genehmigten Verweigerung, weil

a) die von dem königl. Rentamte Sch. am 18. Februar 1820 bei dem dortigen königl. Landgerichte nachgesuchte Beschlagnahme auf die in Frage stehenden Pfarrer H.'schen

Grundstücke zu Gunsten und zur Sicherheit des Ärars wegen der Bauschillings-Foderung desselben noch fortdauere, und deren Wirkung auch

b) gegen den dermaligen Kläger als angeblichen Donatar des Pfarrers H. um so mehr fortdauern müsse, als dieser jene Grundstücke aus einer Schankungs-Urkunde in Anspruch nehme, welche darum ungültig sey, weil erwähnter Pfarrer zur Zeit der Schankung den 31. Juli 1822 schon überschuldet gewesen, und darum jene Grundstücke zum Nachtheile seiner Gläubiger nicht mehr veräußern konnte. Zudem

c) habe das Fiscalat seine Ansprüche gegen den verstorbenen Pfarrer H. wegen Intercallar-Früchten und Baukosten bei dem königl. Stadtgerichte L. schon am 16. Mai 1823 angebracht und am 2. August 1824 auf Eintragung der H.'schen Grundstücke zu H., worauf dem kön. Fiscus für seine Foderung ein dingliches Recht zukomme, den Antrag gestellt.

2. Allein der königl. Fiscus ist nicht befugt, aus den oben bemerkten Gründen die Umschreibung der Pfarrer H.'schen Realitäten zu H. auf den Kläger und die Ausstellung des rentämtlichen Umschreib-Consenses, ohne welche nach den bestehenden Vorschriften die gerichtliche Verbriefung jener Realitäten auf Anton Sch. nicht erfolgt, der also hiedurch in seinen behaupteten Eigenthums-Rechten offenbar beschränkt wird, eigenmächtig zu verweigern; denn

a) das königl. Landgericht Sch. hat auf Requisition des königl. Rentamts daselbst vom 18. Febr. 1820 die Beschlagnahme der Pfarrer H.'schen Grundstücke zu H. gerichtlich zu verfügen und mit dem Verkaufe derselben, so weit solche zur Befriedigung der damals auf 426 fl. 32 1/2 kr. angegebenen Ärarial-Foderung erfoderlich sey, einzuschreiten, wegen des nachgesuchten Beschlages durchaus keine Verfügung erlassen, sondern lediglich den Verkauf jener Grundstücke öffentlich ausgeschrieben ohne den Pfarrer H. gehört zu haben; das königl. Appellationsgericht für den ***Kreis hat nun am 16. März 1820 dem königl. Landgerichte Sch. hinsichtlich dieses öffentlich angekündigten Verkaufes der Pfarrer H.'schen Realitäten-Instand aufgetragen, und durch das von dem

königl. Oberappellationsgerichte des Königreiches am 20. August 1821 bestättigte Erkenntniß vom 12. Februar 1821 diesen Executions-Instand nicht nur als definitive zu Recht bestehend ausgesprochen, sondern auch den königl. Fiscus mit seinen allenfallsigen Ansprüchen an den Pfarrer H. zum Rechtswege an den Richter erster Instanz verwiesen.

Bei dieser Actenlage kann mit Grund nicht behauptet werden, daß der von dem k. Rentamte Sch. nachgesuchte Beschlag noch fortdauere, da er gerichtlich gar nie verhängt wurde, eben darum aber auch von dem königl. Appellationsgerichte nicht aufgehoben werden konnte, und da der königl. Fiscus mit seinen Ansprüchen an den Pfarrer H. ausdrücklich an dessen ersten Instanz-Richter verwiesen wurde, welcher Arrest und Real-Ansprüche ausgenommen das königl. Landgericht Sch. mit Rücksicht auf der dem Pfarrer H. gebührenden persönlichen Gerichtsstand nicht seyn konnte.

Der königl. Fiscus kann daher auf den Grund einer zu Gunsten und zur Sicherheit des Ärars angeblich fortbestehenden Beschlagnahme der mehrmal erwähnten Grundstücke das fragliche Steuerumschreibungs-Certificat um so weniger verweigern, als

b) von ihm selbst nicht in Abrede gestellt wird, daß der Pfarrer H. diese Grundstücke dem Sch. am 31. Juli 1822 eigenthümlich überlassen habe, indem er vielmehr nur behauptet, daß der Pfarrer H. wegen seiner am 31. Juli 1822 bereits obgewalteten Überschuldung zu einer derlei Veräußerung nicht mehr berechtigt gewesen sey. Ob Pfarrer H. diese Grundstücke am 31. Juli 1822 noch veräußern konnte, hat aber nicht das kön. Rentamt Sch., sondern der competente Richter zu untersuchen.

Ersteres hat lediglich zu prüfen, ob Sch. zu verlangter Umschreibung der Grundstücke einen Rechts-Titel nachzuweisen vermochte, ohne den rechtlichen Bestand dieses Titels selbst zu untersuchen, und da es einen solchen Rechts-Titel in dem erwähnten gerichtlichen Vertrage vom 10. Dec. 1822, worin die am 31. Juli

Die Rentämter haben, wenn sie um Ertheilung eines Umschreibe-Certificates angegangen werden, lediglich zu prüfen, ob ein Rechts-Titel vorhanden

sey, ohne den rechtlichen Bestand dieses Titels zu untersuchen.

1822 geschehene eigenthümliche Überlassung jener Grundstücke an den Kläger ausdrücklich anerkannt, allerdings finden mußte, so konnte es die Umschreibung selbst, und die Ertheilung des dießfallsigen Certificat nicht länger mehr beanständen. Findet dagegen dieses Certificats ungeachtet das kön. Landgericht Sch. gegründete Anstände wegen Protocollirung dieser Grundstücke auf den dermaligen Kläger, oder ergibt sich bei dem competenten Richter die von dem königl. Fiscus behauptete Ungültigkeit der Veräußerung der befragten Grundstücke auf Seite des Pfarrers H., und wird auf diese oder eine andere Weise die weitere Umschreibung dieser nämlichen Grundstücke auf ein drittes Individuum nöthig, so erhält das königl. Rentamt Sch. deßhalb seiner Zeit ohnehin wieder die nöthige Kenntniß, ohne daß dasselbe die dermalige Umschreibung auf Sch. aus Eigenmacht unterlassen darf.

c) Diese Umschreibung präjudicirt auch dem kön. Fiscus nicht an seinen Rechten; denn hat derselbe nach seiner Behauptung ein dingliches Recht auf die mehrmal erwähnten Grundstücke, so bleibt ihm jener Umschreibung ungeachtet die rechtliche Verfolgung desselben auf geeigneten Wegen auch gegen den dermaligen Kläger, als Besitzer solcher Objecte unbenommen, so wie es ihm frei steht, seine behauptete Foderung an die Pfarrer H.'sche Verlassenschafts-Masse auf gesetzlichem Wege geltend zu machen, die angebliche Ungültigkeit der Veräußerung jener Grundstücke an Sch. darzuthun, und so diese angeblich nicht rechtsgültig veräußerten Grundstücke zur genannten Verlassenschafts-Masse zu reclamiren.

Nur darf er nicht eigenmächtig solche Handlungen vornehmen, wodurch er mit Umgehung des Richters zu seiner Foderung gelangen zu können meint. Auch die blosse Anmeldung seiner Ansprüche an die Pfarrer H.'sche Verlassenschafts-Masse und der Antrag, jene Grundstücke zu dieser Masse zu ziehen, rechtfertigt noch keineswegs sein bisher verweigertes Ausstellen des dem Kläger nöthigen Umschreib-Zeugnisses, weil eine solche Anmeldung nebst Antrag ohne eine entspre-

chende richterliche Entschließung noch keiner Partei irgend ein Recht verschafft.

3. Hat hienach der königl. Fiscus kein Recht durch die Verweigerung des befragten Certificats den Kläger in der vollen Ausübung seiner behaupteten Eigenthums-Rechte zu beschränken, so ist er schuldig, demselben zum Zwecke der gerichtlichen Protocollirung der Grundstücke auf Sch. das nöthige Umschreibungs-Zeugniß zu ertheilen und wegen der bisherigen ungegründeten Verweigerung desselben, diesem alle dießfallsigen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu vergüten.

40.

Erkenntniß IIItiae.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Anton Sch., Metzgers zu H., gegen den königl. Fiscus wegen Verweigerung eines rentämtlichen Umschreib-Zeugnisses zu Recht und bestättigen das vom königl. Appellationsgerichte des *** Kreises am 11. April 1825 erlassene Erkenntniß; der königl. Fiscus wird in die Kosten auch dieser Instanz verurtheilt.

Gründe.

Anton Sch. behauptet auf den Grund eines schriftlichen Vertrages, von dem verstorbenen Pfarrer Dionys H. gewisse im Bezirke des Landgerichts Sch. gelegenen Grundstücke geschenkt erhalten zu haben.

Als Anton Sch. das zur gerichtlichen Protocollirung des Vertrages erfoderliche rentämtliche Umschreibs-Certificat nachsuchte, verweigerte das königl. Rentamt Sch. die Ertheilung dieses Certificats, weil es einen Bauschillings-Rest von 364 fl. 22 kr. an dem verstorbenen Pfarrer H. zu fodern habe.

Die Gründe, die vom Fiscus zur Rechtfertigung dieses Verfahrens des königl. Rentamts angeführt werden, sind mit

den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes nicht zu vereinigen, denn

1. steht den Finanz-Behörden kein Recht zu, über die Gültigkeit von Verträgen der Privat-Personen als Mitbetheiligte zu entscheiden oder auch nur auf den Gegenstand des Streites eigenmächtig Arrest zu legen, Cod. jud. cap. 1. § 1.

Als daher

2. das königl. Landgericht Sch. auf den Antrag des kön. Rentamts daselbst vom 22. Febr. 1820: „die Beschlagnahme der Äcker und Gründe des Pfarrers H. gerichtlich zu verfügen, und mit dem Verkaufe pro quantitate der ärarialischen Foderung in möglichst kurzer Frist vorzuschreiten," sofort die gedachten Grundstücke in via executionis zum öffentlichen Verkaufe ausschrieb, erkannte auf dagegen erhobene Beschwerde des kön. Appellationsgerichts des *** Kreises am 12. Februar 1821:

„daß der Executions-Instand wegen der an den Pfarrer H. begehrten Baufalls-Entschädigung definitiv bestättigt, und Fiscus mit diesen seinen allenfallsigen Ansprüchen zum Rechtswege an den ersten Instanz-Richter verwiesen werde."

Da dieses Urtheil in die Rechtskraft übergegangen und zur Zeit über die Baufalls-Foderung des königl. Fiscus noch nicht rechtskräftig entschieden ist, so erhellt, daß die Foderung des königl. Fiscus, wegen welcher derselbe eigenmächtig die Protocollirung des fraglichen Vertrags hindern will, noch gar nicht einmal liquid ist.

3. Der königl. Fiscus behauptet zwar, daß durch das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 12. Febr. 1821 nur der öffentliche Verkauf der H.'schen Grundstücke eingestellt, nicht aber der auf die Requisition des kön. Rentamtes vom 2. Februar 1820 darauf gelegte Beschlag aufgehoben worden sey. Allein das königl. Landgericht hat, wie schon in den Entscheidungs-Gründen des vorigen Richters actenmäßig bemerkt worden ist, die H.'schen Grundstücke nicht mit Beschlag belegt, sondern dieselben lediglich zum Verkaufe

ausgeschrieben, und wenn auch die Execution praevia causae cognitione verfügt worden wäre, so würde dadurch doch nur ein jus pignoris judicialis bewirkt worden seyn.

Cod. civ. P. II. cap. 6. § 6. Nr. 2., welches dem kön. Fiscus aber eben so wenig, als

4. das von ihm rücksichtlich der H.'schen Grundstücke behauptete stillschweigende allgemeine Pfandrecht ein Recht geben könnte, die Protocollirung dieses Vertrages, die den allenfallsigen fiscalischen Rechten keinen Eintrag thun könnte, indem bekanntlich, wenn nicht dergleichen Verträge vollzogen worden sind, noch immer auf deren Rescission geklagt werden kann, so ist überall nicht abzusehen, wie fern der königl. Fiscus die Verweigerung des rentämtlichen Umschreib-Certificates für ein geeignetes Mittel zur Wahrung seiner Rechte habe halten mögen.

Aus diesen Gründen hat daher nicht anders als wie geschehen erkannt werden können.

— (Auszug aus einem oberstrichterlichen Erkenntnisse.) —

41.

Welche Behörde ist competent, den Verehelich.-Consens zu suppliren: der ordentliche Richter der den Consens verweig. Aeltern, oder jenes Gericht, welches d. Heiraths-Pacten zu protocollireu hat?

* Verehelichungen ohne Consens der Aeltern sind nicht ungültig, sondern — supp. supp. — nur strafbar.

2c. 2c. Eben so wenig rechtfertiget der Mangel des mütterlichen Heiraths-Consenses die Verweigerung der Streits-Einlassung; denn nach Cod. civ. p. I. cap. 6. § 4. Nr. 1 et 6. * sind Verehelichungen, die mit Umgehung des älterlichen Consenses geschlossen werden, nicht ungültig, sondern nur strafbar, und wird bei einer dießfallsigen Bestrafung vorausgesetzt, daß die Kinder noch in väterlicher Gewalt oder in der Ältern Pflege und Unterhalt stehen, ** und daß die Töchter das 25ste Jahr noch nicht zurückgelegt haben.

Der Klägerin Vater ist aber schon längst todt; die Beklagte hatte durch ihre Wieder-

** Wenn die Tochter das 25. Jahr zurückgelegt hat u. nicht mehr in der Aeltern Unterhalt steht, bedarf sie des älterl. Consenses zu ihrer Verehelichung nicht.

verehelichung nach Cod. civ. P. I. cap. 6. § 47. Nr. 4. die Vormundschaft über ihr Kind erster Ehe verloren. Klägerin war bei dem Abschlusse ihrer Ehepacten auch nicht mehr in ihrer Mutter Pflege und Unterhalt, und da sie in dem Vertrage vom 28. November 1810 für 15jährig angegeben wurde, so befand sie sich zur Zeit ihrer Verehelichung 1823 schon im 26sten Jahre. Überdieß Alles gestand Beklagte selbst, daß das königl. Landgericht P. ihrer Protestation ungeachtet der Klägerin die Erlaubniß zu ihrer Verheirathung und Ansäßigmachung ertheilt habe und da Beklagte sich hiebei beruhigte, und das königl. Landgericht P. jedenfalls durch Protocollirung der Heirathspacten als competente Gerichts-Behörde gehandelt hatte, würde der mütterl. Consens auch als supplirt erscheinen.

Zur Supplirung des älterlichen Consenses ist das Gericht competent, welches d. Heirathspacten protocollirt.

42.

Seine königliche Majestät.

Wenn vor einer Culturs-Behörde ein Vergleich abgeschlossen, dieser Vergleich aber aus was immer für rechtlich. Gründen als nichtig angefocht. wird, so hat über diese Nullitäts-Klage nicht der Civil-Richter, sondern jene Culturs-Behörde zu entscheiden, vor welcher der Vergleich abgeschloss. wurde.

Erkennen ꝛc. ꝛc. (reformando) zu Recht: „daß der Gemeinde Z. und Cons. mit ihrer bei dem kön. Landgerichte D. erhobenen Nullitäts-Klage gegen den zwischen den Gemeinden W. u. Gl., dann dem Grafen von Sp. und ihren am 22. Januar 1816 über die Abtheilung des Gl.- und W.-Mooses abgeschlossenen Vergleich von den Civilgerichtsstellen ab und an die competente Culturs-Behörde zu verweisen seyen.

Gründe.

In Folge des frühern Vergleiches suchte das Landgericht D. am 22. Jan. 1816 die beantragte Ver-

theilung selbst mit Rücksicht auf die verschiedenen Ansprüche der Betheiligten in's Reine zu setzen und brachte einen weitern Abtheilungs-Vergleich zu Stande. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dieser Abtheilungs-Vergleich von dem Landgerichte D. als reine Cultursstelle geschlichtet, aufgenommen und ratificirt worden sey, denn

a) wurde schon in dem Vergleiche über das dominium festgesetzt, daß diese Vertheilung in Güte oder im Rechtswege jedoch im Culturs-Processe vor sich gehen solle.

b) Zeigt das abgehaltene Abtheilungs-Protocoll in seinem Eingange, seinem Inhalte und in der punctweisen Eintheilung gerade die Verfahrungs-Art, wie die Culturs-Behörden nach der Verordnung von 1803 bei Culturen und Vertheilungen verfahren müssen. Endlich

c) gehören Abtheilungen von Gründen, so lange sie sich bloß damit beschäftigen, was abzutheilen sey, wer und wie Viele daran Antheil nehmen, dann wie die Abtheilung vor sich gehen soll, und unter welchen Folgesätzen — lediglich zu den Cultur-Behörden, und die Justizstellen sind nicht ermächtigt, sich in derlei Gegenstände einzumengen, so lange nicht ein wirklicher Rechts-Anspruch in Contradiction gezogen wird; daraus folgt von selbst, daß, wenn auch gelegenheitlich einer solchen von einer Culturs-Behörde vorzunehmenden Vertheilung Privat-Eigenthums- oder besondere Servituts-Ansprüche angebracht, aber nicht weiter verfolgt, sondern ausgeglichen werden, auch die Culturs-Behörde competent sey, einen solchen Vergleich rechtsbeständig aufzunehmen, und alle Differenzen, über Servituten, Eigenthums-Ansprüche und dergl. auszugleichen. Weiter geschah auch damals nichts; denn es wurde kein einziger Eigenthums- oder Servituts-Anspruch in contradictorio verfolgt, sondern alle vorgebrachten Ansprüche gütlich ausgeglichen.

Wenn auch gelegenheitl. einer vorzunehmenden Gemeinde-Vertheilung Privat-Eigenthums od. besondere Servituts-Ansprüche angebracht aber nicht weiter verfolgt, sond. ausgeglichen werd., so sind dennoch die Culturs-Behörden competent, einen solchen Vergleich rechtsbeständig aufzunehmen u. gültig zu ratificiren

Dieser vor einer Culturs-Behörde geschlossene und von einer Culturs-Behörde bestättigte

Wenn daher ein solcher Vergleich angefochten werden will, so muß dieß wieder v. einer Culturs-Behörde geschehen.

Vergleich ist also an sich gültig, und wenn derselbe ex defectu citationis, ex capite laesionis, od. aus was immer für einer Ursache angefochten werden will, so muß dieses ebenfalls wieder vor einer Culturs-Behörde geschehen, und diese muß prüfen, ob die angegebenen Gründe von der Art seyen, daß darauf der abgeschlossene Vergleich aufgehoben und eine weitere und welche Verhandlung zugelassen werden soll; vor einer Justiz-Behörde kann aber ein solcher vor einer Culturs-Behörde abgeschlossener und ratificirter Vergleich nicht angefochten werden, weil die Culturs-Stellen nicht untergeordnet sind, und diesen in Culturs-Sachen, wohin gesetzlich derlei Abtheilungen gehören, durchaus keine Competenz zusteht.

M. den 28. Mai 1824.

43.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Wenn die actio negatoria gestellt, und zugl. auf die Schädlichkeit d. Weide sich berufen wird, eignet sich der Weide-Proceß vorerst zum Justiz-Wege.

Erkennen in Sachen des Anton B. et Consl., Großbegüterte zu R. gegen Joseph V. et Consl. wegen Weidenschaft zu Recht: daß die Berufung gegen das Erkenntniß des kön. Landgerichts L. vom 23. September 1828 an das königliche Appellationsgericht für den *** Kreis allerdings Statt habe, benanntes königl. Appellationsgericht demnach hierüber materiel zu erkennen habe, was Rechtens ist. Die Kosten der I. Instanz werden ausgesetzt, jene der II. und III. aber verglichen.

Gründe.

Die Kläger haben ihre Klage darauf gestützt, daß die Beklagten unberechtigter Weise die Waldung der Kläger mit ihrem Vieh behüten und der Zweck der Klage ist, daß dem Beklagten die Ausübung der Weidenschaft untersagt, sie sofort in der natürlichen Freiheit ihres Eigenthumes nicht ferner beunruhiget werden möchten. Die gestellte Klage stellt sich demnach, da sie Vermeidung einer Dienstbarkeit zum Grunde hat, als die actio negatoria dar, und wenn hiebei auch von den Klägern zugleich angeführt wird, daß die Weidenschaft auch deßhalb aufgehoben werden müsse, weil sie der Wald-Cultur schädlich sey, folglich nach den Culturs-Verordnungen vom 11. Januar 1805, dann 26. Febr. und 15. Mai 1808 nicht ferner bestehen könne, so ist doch dieser forstwirthschaftliche Grund nicht vermögend, eine an sich zum Justiz-Wege geeignete Klage zum Ressort der Culturs-Behörden zu verweisen, und zwar um so minder, als hier, würde man auch die Klags-Begründung als von vermischter Natur betrachten, die Frage über das Dienstbarkeits-Recht offenbar präjudiciel ist, da es keinem Zweifel unterliegt, daß es gar nicht mehr darauf ankömmt, ob die befragliche Weide schädlich oder unschädlich sey, sobald einmal entschieden seyn wird, daß die Beklagten die angeführte Dienstbarkeit unberechtigter Weise ausüben. Erst dann, wenn den Beklagten das Recht der Weidenschaft zugesprochen seyn würde, kömmt es auf die zum Ressorte der Culturs-Behörden gehörige Frage an: ob die Ausübung derselben schädlich sey, oder nicht, und in wie weit eine Entschädigung in Anspruch genommen werden kann?

Die Entscheidung der von den Klägern bei dem königl. Landgerichte L. am 14. Juni 1828 gestellten Klage eignet sich daher jedenfalls zum Ressort der Justiz-Stelle, und da auch nicht constatirt ist, daß das königl. Landgericht L. das Erkenntniß vom 23. September 1828 in der Eigenschaft als Administrativ- resp. Culturs-Stelle erlassen habe, indem es diese Eigenschaft nicht ausgedrückt, vielmehr dadurch, daß

es den Vorschriften des Culturs-Processes zuwider einen 30tägigen Beweis-Termin fürsetzte, zu erkennen gegeben hat, daß es als Justiz-Stelle gehandelt habe, so findet auch die Berufung gegen besagtes Erkenntniß zum königl. Appellations-Gerichte formel ohne Zweifel statt.

München, den 25. October 1829.

v. Ritter.

Secr. Fränkl.

44.

Competenz.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Wenn darüber der Streit ist, ob Einzelne zur Gemeinde gehören, u. als solche an d. Gemeinde-Eigenthum — Gemeinde-Waiden — Theil haben, so ist die Administr.-Behörde compet.; leiten aber diese Einzelnen ihren Miteigenthums-Anspruch v. privatrechtlich. Titeln her, so ist d. Civil-Gericht competent, und die Impetranten müssen ihr Mit-Eigenthumsrecht beweisen.

Erkennt das ꝛc. in der Streitsache des Peter W., Bauers von H., und 4 Consorten gegen den St., Bauer zu H., und Consorten pcto. condominii zu Recht, und bestättiget das Erkenntniß des kön. Landgerichts D. ꝛc.

(Dieses Erkenntniß lautete:

Kläger Peter W. et Conf. haben termino 30 Tagen zu beweisen, daß ihnen seit unfürdenklichen Zeiten ein gleiches Mit-Eigenthums- und Benützungs-Recht am Haider-Moose, wie den übrigen Gemeinde-Gliedern zustehe.)

Gründe.

Peter W. und Consorten nehmen nach Inhalt ihrer Klage ein gleiches Miteigenthums- und Benützungs-Recht mit den Gliedern von H. auf das Haider-Moos in Anspruch, und gründen diesen

nach ihrem Repliks-Nachtrag vorzüglich auf den Titel unfürdenklicher Verjährung.

Die Beklagten haben diesen Ansprüchen und Behauptungen einen allgemeinen Widerspruch entgegengesetzt, es muß ihnen daher nach Gerichts-Ordnung cap. 9. § 11. und Land-Recht Th. II. cap. 2. § 16. Nr. 6. in not. der Beweis derselben überbürdet werden.

Die Appellanten bringen zwar vor, von diesem Beweise seyen sie durch die Verordnung vom 12. Dec. 1803 und 13. Febr. 1805 befreit, und müsse vielmehr ihren Gegnern der Beweis des von ihnen asserirten privativen Gemeingutes mit privativen Benützungs-Rechten überbürdet werden; allein die genannten Verordnungen passen nicht hieher, und haben einen andern Fall und andere Voraussetzungen zum Gegenstande, als in concreto vorliegen; dieselben, insbesondere die Verordnung vom 13. Febr. 1805 bestimmt nämlich, daß bei der Abtheilung von Gemeinde-Gründen die Justiz-Stellen keine Processe der Gemeinde-Glieder über das von einem Theile der letzteren behauptete privative Eigenthum der zu vertheilenden Gründe annehmen sollen, wenn dieser Anspruch nicht auf speciel zu erweisende Erwerbs-Titel, sondern nur auf die bisherigen ausschließende oder ausgedehnte Benützung derselben gebaut wird.

Hiebei ist als Grund-Bedingung die unstreitige Mit-Gemeinschaft aller Theile, als der allgemeine gesetzliche Titel zum Miteigenthume vorausgesetzt; ist diese Eigenschaft streitig, so muß diese Präjudicial-Frage vor allem, und zwar nach der Verordnung vom 22. Februar 1808 durch die Administrativ-Behörden entschieden werden.

Im vorliegenden Falle liegen die Verhältnisse anders.

Indem die oberste Administrativ-Stelle am 16. December 1828 erkannt hat, daß darüber, ob das Haider-Moos denen von H. mit Ausschluß der Orte H., S. und M. als privatives Gemeingut mit privativem Nutzungs-Rechte angehöre, die ordentlichen Civil-Gerichte zu entscheiden haben, hat dieselbe — vermuthlich unter Hinblick auf Tit. 1. cap. 1. § 6. des Gemeinde-Edictes bereits ausgesprochen, daß Peter W.

und Consorten als dermalige Gemeinde-Glieder von H. keinen Anspruch auf das Haider-Moos haben, diesen also nur durch einen besondern privatrechtlichen Erwerbs-Titel geltend machen können.

Wäre es anders, und hätte der königl. Staatsrath den fraglichen Anspruch schon aus dem Titel des Gemeinde-Verbandes, wie in erster und zweiter Instanz geschehen war, als begründet anerkannt, so würde derselbe sicher dieses ausgesprochen, und den Peter W. und Consorten nicht erst zur Erkämpfung eines Rechtes im Civil-Streitwege angewiesen haben, das ihm schon im Administrativ-Wege hätte zugesprochen werden können und sollen.

Hienach haben auch im Sinne des erwähnten Erkenntnisses des königlichen Staatsraths Peter W. und Consorten ihre Civil-Klage vom 1. Mai 1831 lediglich auf den speciellen privatrechtlichen Erwerbs-Titel der unfürdenklichen Verjährung gestellt, absehend von dem im Administrativ-Streite hervorgehobenen und dortselbst bereits erledigten politischen Klagegrunde des Gemeinde-Verbandes, über welchen nach der angeführten Verordnung vom 22. Febr. 1808 die Justiz-Stellen zu entscheiden ohnehin nicht competent wären. Diesemnach ist die dermalige rechtliche Lage des Peter W. und Consorten seinen Gegnern gegenüber keine andere, als die allgemeine des Klägers gegen den Beklagten, wornach derselbe seinen Klagegrund beweisen muß, und von einer Anwendung der über die Eigenthums- und Nutzungs-Verhältnisse und Streitigkeiten der Gemeinde-Glieder unter sich bestehenden besondern Verordnung vom 13. Februar 1805 keine Rede seyn kann.

Die Appellanten suchen die Beweis-Auflage auch durch ihren angeblichen Besitzstand abzulehnen; wäre dieser auch begründet, was weder bescheiniget noch gegentheilig zugestanden ist, so würde ihnen dieses nichts zutragen, weil sich auch ihre Gegner im anerkannten Besitze befinden, wornach kein Theil für sich eine Vermuthung aus dem Besitze ableiten könnte, und die Last des Beweises immer wieder auf den Kläger fallen würde.

Eben so wenig relevant ist für den dermaligen Zweck der Umstand, daß die übrigen Gutsbesitzer von H. die Theilnahme an dem gegenwärtigen Streite abgelehnt, und die Ansprüche des Peter W. und Consorten zu gewähren erklärt haben, indem klarer Weise ihr Verzicht, respect. Zugeständniß nur auf ihre Rechte bezogen werden, nicht aber den Rechten dritter, der dermal. Beklagten, präjudiciren kann.

Am 22. Juli 1834.

45.

Seine königliche Majestät.

Streitigkeiten über ein jus forestale gehören vor die Civilgerichte; Streitigkeiten aber, welche bloß die Art d. Ausübung eines juris forestal. betreffen, gehören vor die Administrativ-Stellen.

Erkennen in Sachen Michael Baumgartner et Consl. gegen die herzogl. leuchtenberg. Domänenkanzlei Holzrechtsbezüge, modo Competenz der Gerichtsstellen betr. zu Recht und bestättigen das Erkenntniß des königl. Appellationsgerichts für den Regen-Kreis vom 3. Mai l. J.

Gründe.

Indem sich im Wesentlichen auf die Entscheidungs-Gründe des ꝛc. bezogen wird, wird beigesetzt:

1. Schon die Verordnung vom 3. März 1789 G. S. Bd. V. S. 172. und vom 15. Dec. 1804 Reggsbl. 1805 S. 132, verweiset alle Streitigkeiten, wo es sich um das jus forestale, somit auch von Forst-Servituten handelt, ganz der Natur der Sache nach an die Gerichtsstellen und bloß jene Streitigkeiten, welche die Art der forstmäßigen Ausübung solcher Gerechtsamen betreffen, an die Administrativ-Stellen.

Auch die neueste Verordnung vom 25. December 1804, Reggsbl. S. 132. bestättigt die Competenz der Gerichte in jenen Fällen, da die Frage, ob dem Kläger eine Forst-Servitut gebühre, sohin ein Privat-Recht den Gegenstand des Streites ausmacht. Nur wenn richterlich festgesetzt ist, daß

eine Forst-Servitut wirklich bestehe, kann von der Art ihrer Ablösung nach den darüber bestehenden Verordnungen die Rede seyn.

2. Die Entschließung der General-Forst-Administration vom 15. Oct. 1816 kann daher niemals als ein Richterspruch, sondern nur als eine Verfügung betrachtet werden, gegen welche der Recurs an die Gerichte statt findet und zwar um so mehr, als die Verordnung vom 27. August 1807 Nr. 5. c. der General-Administration keine richterliche Gewalt, sondern bloß die Befugniß einräumte, die Purification der Staats-Waldungen und die Beseitigung der Holzgerechtsame durch gütl. Übereinkunft zu bewirken oder sie wenigstens in die Schranken einer gerechten Forstpolizei zurückzuführen.

München, den 2. November 1822.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsid.

46.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Lottospiel-Regulirungen, und daraus entstehende Streitigkeiten eignen sich z. Competenz der Justizstellen.

Erkennen in Sachen des Sebastian K., Musik-Directors im Julius-Spitale zu W., gegen die königliche Lotto-Bureau-Direction daselbst, Nachzahlung eines Lotto-Gewinnstes, jetzt die Competenz des Gerichts-Standes betr., zu Recht, und bestättigen das von dem kön. Appellationsgerichte für den U. M. Kr. am 24. Juli v. J. erlassene und den 9. August hierauf verkündete Erkenntniß.

Appellant Sebastian K. wird in eine Succumbenz-Taxe von 6 Thalern verurtheilt.

Entscheidungs-Gründe.

1. Das Mandat vom 22. April 1799 (Mayerl. Gen. Samml. von dem Jahrgange 1800 S. 38 — 40.), welches zugleich ein Jurisdictions-Regulativ in Lotto-Sachen für die Administrativ- resp. Justiz-Behörden und Stellen enthält, setzt in dem § 7. unter anderem ausdrücklich fest, daß die instructionsmäßige Regulirung des Spieles der General-Lotto-Direction, jetzt Administration, vorbehalten sey, und diese in den darauf Bezug habenden Angelegenheiten allein (d. i. ausschließend) erkennen und verbescheiden, die Competenz der Landes-Justiz-Behörden und Stellen in Lottosachen aber bei den nicht ausgenommenen Fällen und besonders bei Streitigkeiten eintreten solle, welche sich zwischen den Controlleurs und Spielern ergeben.

2. Die Ermächtigung der königl. General-Lotto-Administration bei dem zufälligen Zusammentreffen vieler gleichen Spiele oder übertriebenen Einsätze, letztere zu moderiren, spricht sich schon im Allgemeinen in dem erwähnten Lotto-Fundamental-Gesetze dadurch, daß derselben die Regulirung des Spieles vorbehalten ist, aus, und speciel ist diese Befugniß noch in den eigenthümlichen Lotto-Statuten ausgedrückt, welche in dem jährlich gedruckt erscheinenden besonderen Lotto-Kalender zur Kenntniß und Nachachtung des spielenden Publicums aufgenommen sind, indem es hierin unter Anderem heißt:

„Der Beschränkungen in der Mannigfaltigkeit der Spiel-
„Arten, der Auswahl der Nummern und dem Betrage
„der Einlagen werden von Seite der Administration so
„wenig seyn, als es besondere Umstände von Zusam-
„mentreffen vieler einerlei Spiele oder überspannte An-
„sätze nicht unmöglich machen.“

3. Die von dem Musik-Director Keller gegen die Local-Lotto-Direction zu Würzburg gerichtete Klage gründet sich nun in der Behauptung, daß die Minderung seiner Einsätze zur Unzeit und nicht instructionsmäßig geschehen sey. Die Bitte des Libelles lautet aber dahin, zu erkennen, daß die

beklagte Local-Lotto-Bureau-Direction angewiesen sey, die (durch die königl. General-Lotto-Administration verfügte) Moderation der klägerischen Einnahmen zurückzunehmen, und den noch rückständigen Gewinn (die auf die zum zweiten bestimmte zugerathene Numer 81 fiel) mit 4200 fl. auszuzahlen.

4. Diese Klage konnte und durfte das kön. Stadtgericht Würzburg nicht recipiren, d. i. für seinen Gerichts-Stand ziehen, darüber unter den Theilen rechtsförmlich verhandeln lassen und von erster Instanz wegen entscheiden, sondern mußte, wie auch in der am 2. April v. J. an den Kläger erlassenen motivirten Entschließung geschehen ist, die gestellte Klage ob incompetentiam frei zurückweisen, da, wie schon gesetzlich nachgewiesen wurde, die aus der Regulirung des Spieles, und was davon abhängig ist, entstehenden Streitigkeiten von der Cognitions- und Entscheidungs-Competenz der Justiz-Behörden und Stellen namentlich ausgeschieden sind, was auch dem Kläger selbst wohl bekannt war, da er actenmäßig vor Betretung des Rechts-Weges in foro justitiae an die königl. General-Lotto-Administration sich beschwerend wendet, und von derselben auch zwei besondere Entschließungen vom 14. Juli und 22. October 1817 extrahirte.

5. Das zweitrichterliche Urtheil, welches den stadtgerichtlichen Bescheid durch die geschehene Abweisung des Appellanten bestättigte, mußte nun aus den angeführten Motiven gleichfalls in letzter Instanz confirmirt werden, nachdem Revident zur besseren Begründung der erstrichterlichen Competenz in causa für die Cognition und Entscheidung seiner gegen die königl. Lotto-Bureau-Direction gerichteten Klage Nichts beigebracht und deducirt hat.

München, den 12. Februar 1819.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Graf v. *la Rosée*, Präsid.

Secr. Fränkl.

47.

Competenz; Rechnungs-Proceß.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Lict. Miny als vormaligen Verwalters zu St. Clara in Regensburg gegen den königl. Fiscus als Vertreter des erwähnten Klosters pcto. solutionis indebiti zu Recht, und bestättigen das vom königl. Appellationsgerichte des Regen-Kreises unterm 9. März 1818 erlassene Erkenntniß.

Die Verbescheidungen der Rechnungsstellen hab. keine Kraft richterlicher Judicatur.

Entscheidungs-Gründe.

Der königl. Kron-Fiscal als Vertreter des Klosters zu St. Clara in Regensburg hat in dem sub praes. den 11. Sept. 1819 eingereichten Revisions-Libelle gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 9. März 1818 die Beschwerde aufgestellt, daß eine von der competenten Behörde bereits definitiv entschiedene Sache neuerdings streitig gemacht und zur abermaligen Aburtheilung an eine incompetente Behörde gezogen werde.

Diese Beschwerde ist ungegründet; denn

1. der Zweck von jedem Rechnungs-Verfahren geht nur dahin, durch Verhandlungen über eine Rechnung im Ganzen die Rechts-Verhältnisse unter den Interessenten erst auszumitteln, damit das hienach Streitige vom Richter entschieden werden kann.

Nach diesem allgemeinen Gesichts-Puncte unterscheidet sich die Privat-Rechnung z. B. eines Vormundes von der Rechnung eines Beamten durchaus nicht, und der Unterschied besteht bloß darin, daß die Geschäfts-Form für Letztere sich nicht zur richterlichen Judicatur eignet.

Nach der Natur und dem Wesen jeder Rechnung kann weder auf die Stellung, noch auf die Abnahme, Revision und Justificatur derselben eine rechtliche Entscheidung gegründet werden. Der von der Revisions-Stelle gefaßte Beschluß ist mit dem Begriffe eines rechtlichen Bescheides nicht zu vereinigen, und es würde die größte Anomalie seyn, dem Ausspruche der Revisionsstelle das Attribut eines rechtlichen Urtheiles beizulegen.

Nach dem richtigen Begriffe einer Justiz-Sache und eines Rechtsstreites fehlt es bei der Stellung und Revision einer Rechnung an allen Requisiten desselben;

a) am Objecte, weil noch keine Rechts-Verletzung vorhanden ist, vielmehr erst durch die Rechnung die strittigen Rechts-Verhältnisse ausgemittelt werden sollen;

b) am Subjecte, weil ohne Kläger und Beklagten kein Rechtsstreit existirt, die Revisions-Stelle aber nicht zugleich Partei und Richter seyn kann;

c) am Gerichte, weil die Revisions-Stelle als solche keine vom Staate zur richterlichen Entscheidung auctorisirte Behörde ist.

Nebstdem stimmt das ganze Verfahren in specie rücksichtlich des Beweises nicht mit den Grundsätzen des Processes überein, und wie wenig der rechtliche Begriff eines Urtheiles auf die Revisions-Beschlüsse passen, beweisen die provisorischen und bedingten Absolutorien.

2. Mit diesen reinen juristischen Begriffen und Grundsätzen stimmen auch alle älteren gesetzlichen Bestimmungen in specie die Hof-Kammer-Ordnung vom Jahre 1779 überein. Im § 5. dieser Verordnung wird deutlich das präparatorische Verfahren des Rechnungs-Wesens der Hof-Kammer überlassen; nach Berichtigung dieses Punctes aber dem in seinen Rechten verletzten Theile der Weg zur Hülfe bei den Regierungen oder dem Hof-Rathe eröffnet.

3. Auch nach dem Geiste und der ganzen Fassung der allerhöchsten Verordnung vom 20. October 1812 über die Bildung und Errichtung des obersten Rechnungs-Hofes kann

demselben das Attribut einer oberstrichterlichen Stelle nicht gegeben werden; denn

a) schon im Eingange dieser allerhöchsten Verordnung ist bloß die Absicht ausgedrückt, dem gesammten Rechnungswesen der Finanzen eine gleichförmige, auf übereinstimmenden Grundsätzen beruhende Geschäfts-Leitung zu verschaffen.

Diese Geschäfts-Form, nicht eine richterliche Judicatur, wurde daher dem obersten Rechnungs-Hofe vorgezeichnet.

b) Hiemit stimmt der § 7., wo der Wirkungs-Kreis des obersten Rechnungs-Hofes im Allgemeinen bezeichnet ist, überein, woraus deutlich hervorgeht, daß nicht die Entscheidung der Rechte, sondern die Ausmittelung derselben durch Richtigstellung der Rechnungen nach den bestehenden Rechnungs-Normen dem obersten Rechnungs-Hofe übertragen wurde.

c) Nach den wesentlichen Bestandtheilen eines Rechts-Streites fehlt es auch am Kläger und Beklagten, wenn nicht die Revisions-Stelle als Partei und Richter zugleich gelten soll.

d) Das ganze Verfahren streitet gegen die ersten Grund-Begriffe einer Proceß-Ordnung.

e) Die Rechnungs-Verständigen haben bloß das Technische nach ihrer Wissenschaft zu beurtheilen, und es würde nicht bloß für den Rechnungs-Beamten, sondern für den Staat selbst gefährlich seyn, ihnen die rechtliche Entscheidung zu überlassen.

f) Wenn man dem obersten Rechnungs-Hofe die Eigenschaft einer oberstrichterlichen Stelle beilegen würde, so würde eigentlich nur Eine Instanz in Rechnungs-Sachen existiren, weil die von den Commissionen resp. Kreisstellen abgefaßten Absolutorien erst dann gültig sind, wenn sie die Bestättigung der obersten Stelle erhalten haben, nebstdem

g) daß die bedingten oder gar provisorischen Absolutorien dem rechtlichen Begriffe eines Urtheiles, wie ad 1. erwähnt wurde, durchaus zuwider lauten.

h) Wenn daher im § 19. der allegirten Verordnung sanctionirt ist, daß in allen Finanz-Rechnungs-Gegenständen

dem obersten Rechnungs-Hofe die letzte definitive Bescheids-Ertheilung zukommt, so kann dieses nur so viel heißen, daß der oberste Rechnungs-Hof als Superrevisions-Stelle (wie ehedem die Hof-Kammer) im Administrations-Wege zu bescheiden habe, und daß dieser Beschluß (wie gleichfalls in der allegirten Hof-Kammer-Ordnung vorkommt) realisirt werden müsse, und die Klage bei Gerichte keinen effectum suspensivum erwirken könne.

i) Die Eigenschaft einer richterlichen Stelle für den obersten Rechnungs-Hof hätte in dem organischen Edicte deutlich und bestimmt ausgedrückt werden müssen, und

k) ließ sich schon deßwegen nicht wohl denken, weil dann selbst das allerhöchste Finanz-Ministerium bei dem obersten Rechnungs-Hofe Recht nehmen müßte, welches dem Subordinations-Verhältnisse dieser Stelle widerspricht; endlich

l) würde noch mehr nach der neueren Constitution das vom königl. Fiscus intentirte Privilegium, in Rechnungs-Gegenständen kein Recht zu nehmen, eine wahre Anomalie seyn.

4. Im concreten Falle verlangte klagender Miny condictione indebiti 362 fl. 44 kr. 1 7/24 dl., welche er nach den Beschlüssen des obersten Rechnungs-Hofes zu viel bezahlt habe, und durch den ohne weiters verhängten Abzug an seiner Pension bezahlen mußte.

Das präparatorische Rechnungs-Verfahren war durch die Beschlüsse des obersten Rechnungs-Hofes geendiget, und es trat nunmehr das noch strittig gebliebene, somit auch nur für die Judicatur der Gerichtsstellen sich eignende Rechts-Verhältniß ein.

Die Verordnung vom 17. Juni 1809 (Reggsbl. Seite 1035.) findet somit auf den gegenwärtigen Fall ihre volle Anwendung, und die Competenz der Justiz-Stellen war um so mehr gegründet, als

a) nicht das Ärar sondern ein Kloster sich diese Gelder indebite zugeeignet haben soll, und

b) Miny in seiner Klage und in den mit dem ersten Contumacial-Anrufen übergebenen Beweis-Artikeln behauptete,

daß ihm nach den Beschlüssen des obersten Rechnungs-Hofes sogar solche Posten überbürdet worden seyen, welche er nicht eingenommen habe, sondern, welche entweder vom Kloster selbst oder von den aufgestellten Unterbeamten in Empfang genommen worden seyen.

(Conf. Beweis-Art 5. 6. §. 11. 12. 13. seq.)

Die Klage des Miny war daher für die Entscheidung der Justiz-Stelle geeignet, die vom königl. Fiscus entgegengesetzte Einrede der Incompetentiae fori war ungegründet, und es mußte auf Einlassung auf die Klage erkannt, somit das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichtes vom 9. März 1818 bestättiget werden.

München, den 11. December 1819.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Graf v. *la Rosée*, Präsid.

Secr. Fränkl.

48.

Grundsätze über die Competenz in Pfarrhofs-Bausachen.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Johann Bapt. von Wisinger, Pfarrers in Winklarn, gegen den königl. Fiscus und den kön. b. General-Lieutenant Grafen von Eckart, als Condecimatoren von Winklarn, wegen Errichtung resp. Wiedererbauung des Pfarrhofes zu Winklarn, dermal Provisorium betr., zu Recht, daß die Competenz der Gerichts-Stellen

zur Zeit nicht gegründet, sohin unter Aufhebung des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 27. Novemb. 1816 die Sache dermal abzuweisen sey.

Entscheidungs-Gründe.

Es kommt gegenwärtig auf provisorische Herstellung einer anständigen und sicheren Wohnung für den Pfarrer von Winklarn an, weil

a) der Pfarrhof am 15. Dec. 1814 eingestürzt ist, und

b) der Pfarrer im Drange der Umstände ein anderes Haus beziehen mußte,

c) ohne daß seither für Wiedererbauung des alten Pfarrhofes oder einer anderen Wohnung etwas geschehen ist.

Die Dringendheit der Lage rechtfertiget die Herstellung eines Provisorium von selbst, nur entsteht hiebei die Vorfrage, ob diese Sache jetzt schon zur Competenz der Justiz-Behörde gehörig, oder ob sie nicht vielmehr, wie dermal die Sache liegt, zum Ressort der Administrativ-Stellen geeignet sey.

Für das Letztere sprechen alle, sowohl älteren, als neueren Verordnungen, so lange nämlich vom provisorischen oder possessorischen Zustande, und nicht vom petitorischen Verhältnisse die Rede ist.

1. In dem General-Mandate vom 4. October 1770 ist deutlich ausgesprochen, daß in allen Bau-Concurrenz-Sachen der Pfarrhöfe die Quaestio an und Quanti concurrentiae decimatorum von dem geistlichen Rathe bestimmt worden sey.

2. Dieses Princip wurde auch in der späteren Verordnung vom 14. Aug. 1797 beibehalten, wodurch nur der petitorische Streit den Justiz-Stellen, alles Andere aber der Cognition und Entscheidung der Administrativ-Behörden überlassen wurde.

3. In der Instruction für die königl. General-Kreis-Commissariate vom 17. Juli 1808 wurde nicht nur die Entscheidung der Streitigkeiten über Pfarr-Gebäude namentlich den General-Commissären vorbehalten, sondern es wurde § 33. überhaupt der Grundsatz aufgestellt, daß in Hinsicht auf Kirchen-Verhältnisse den General-Commissären alle jene

Gegenstände übertragen seyn sollen, welche bei Aufhebung des geistlichen Rathes durch die allerhöchste Entschließung vom 6. October 1802 den Landes-Directionen anvertraut waren; in dieser letzteren Entschließung aber ist ausdrücklich enthalten, daß die Regulirung der zu Pfarr-Gebäuden nöthigen Concurrenz dem Administrations-Rathe der Kirchen und mit den Stiftungen (also wieder einer Administrativ-Behörde) gebühre.

4. Nach dem deutlichen Inhalte der obengenannten organischen Instruction für die General-Kreis-Commissariate wurde sogar verordnet, daß den Kreis-Räthen bei Entscheidung der Streitigkeiten über Pfarr-Gebäude ein Votum decisivum zukomme, und daß diese Gegenstände nach § 45. in collegialer Form behandelt werden sollen, wobei mit Einschluß des General-Commissäres wenigstens drei Mitglieder, welche die Eigenschaft von Justiz-Räthen besitzen, gegenwärtig seyn müssen, um richtige Beschlüsse fassen zu können, wo sodann nach der allerhöchsten Verordnung vom 10. Mai 1812 (St. 3. S. 881.) auch die Entscheidungs-Gründe beigesetzt werden müssen.

5. Nach den weiteren allerhöchsten Verordnungen vom 4. Februar und 17. Juni 1809 ist es nach der Unterordnung der Administrativ-Stellen erst dann erlaubt, sich an die Gerichtshöfe zu wenden, wenn man von den obersten Administrativ-Stellen keine Abhülfe verlangen kann. — Dieses Letztere kann aber nicht gesagt werden, wenn man es gleich bei dem Ausspruche des königl. General-Commissariates als erster Instanz bewenden läßt, ohne sich an den königl. geheimen Rath als verordnete letzte und höchste Administrations-Instanz zu wenden.

Pfarrer von Wisinger hätte sich also mit der Äußerung des königl. General-Commissariates vom 13. Mai 1816, vorausgesetzt, daß sie in der gehörigen Collegial-Form gefaßt worden, nicht begnügen und nicht sogleich zur Justiz-Behörde recurriren sollen. Es ist überdieß ein unbestrittener Rechtssatz, daß, wenn einmal eine Stelle durch die Gesetze als competent erklärt ist, es nicht in ihrer Willkühr steht,

sich als incompetent anzusehen, und die Sache (Nr. 7.) an eine andere Behörde zu überlassen.

Es steht daher dem Pfarrer von Wisinger selbst jetzt noch frei, sich entweder wiederholt an das königl. General-Commissariat, um zu erfahren, ob es auf seiner angeblichen Incompetenz verharre, oder, wenn er da keine Abhülfe findet, sich zum königl. geheimen Rathe zu wenden, und erst, wenn er auch bei dieser obersten und letzten Administrativ-Behörde keine Hülfe finden sollte, kann er bei den Justiz-Stellen seine Beschwerde anbringen.

6. Es liegt in dem Organismus der Administrativ-Stellen, daß sie in allen Provisional-Streitigkeiten bei Pfarrhof-Bau-Concurrenz-Sachen nicht nur das Recht haben, die Art und das Quantum des Provisoriums zu bestimmen, sondern auch ihren Spruch zu exequiren, und erst, wenn die Theile diesem Spruche nachgekommen sind, ist es ihnen erlaubt, das Petitorium bei den Justiz-Stellen zu ergreifen.

Aus diesen gesetzlichen Prämissen gehet hervor, daß das Appellationsgericht voreilig in dieser Sache erkannt hat, da Alles dasjenige, was die Congrua und folglich auch die darunter begriffene Wohnung eines Geistlichen betrifft, so wie auch die Frage, wer dieselbe herzustellen resp. wie viel dazu zu contribuiren hat, vorerst in Bezug auf Provisorien zur Competenz der Administrativ-Stellen gehört.

Er mußte demnach, wie geschehen, erkannt werden.

München, am 24. März 1817.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

Fränkl, Secr.

49.

Concurs.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Das forum concursus univers. zieht nicht immer die Particular-Gerichtsstände an sich.

Erkennen in Sachen des königl. Fiscus zu Amberg gegen Andreas Regen, Johann Eichmühler und Consorten zu Krottensee wegen geleisteter Amts-Bürgschaft für den Pflegs-Commissär Fischer zu Hartenstein, jetzt wegen Ablehnung des Gerichtsstandes zu Recht, daß die in foro concursus universalis erhobene Bürgschafts-Klage von diesem ab- und an den geeigneten Gerichtsstand der beklagten Bürgen zu verweisen sey.

Entscheidungs-Gründe.

1. Die beklagten Amtsbürgen stehen in erster Instanz nicht unter dem kön. Appellationsgerichte, bei welchem die Gant des von ihnen verbürgten Pflege-Commissärs verhandelt wurde.

2. Nach der Justiz-Verfassung im Königreiche kann ihnen das Recht dreier Instanzen nicht benommen werden.

3. In einer natürlichen schon an und für sich nothwendigen Verbindung mit dem Concurs-Processe steht die subsidiarische Klage gegen die Bürgen des Cridars keineswegs; denn

α) sie bezielt einen ganz anderen Beklagten und ein ganz anderes Klage-Object, mit welchem sich das Prioritäts-Erkenntniß nicht zu befassen hat,

β) vielmehr verlangt sie schon ihrer Natur nach einen separirten Proceß, der wenigst in der Regel erst nach erfolgtem Prioritäts-Urtheile zu beginnen pflegt,

γ) selbst im vorliegenden Falle wurde zwar gleich bei Ausschreibung der Edicts-Tage auf die Adcitation der Bürgen mit angetragen, die Adcitation wurde ihnen aber da-

mals nicht insinuirt. Die Verhandlungen aller drei Edicts-Tage gingen ohne ihr Beiseyn vor sich, und erst lange nach dem Schlusse derselben trat der kön. Fiscus mit der eigentlichen Bürgschafts-Klage gegen sie auf, wornach also von einer Behandlung derselben in processu simultaneo gar keine Rede mehr seyn kann.

4. Eben so wenig steht eine solche Bürgschafts-Klage mit dem Gant-Processe des verbürgten Cridars in irgend einer gesetzlichen Verbindung; denn

α) die im appellationsgerichtlichen Resolute vom 8. Oct. v. J. angeführten Gesetzesstellen Cod. jud. cap. 19. § 2 et 13. enthalten nur, daß das Judicium universale concursus auch alle und jede bei anderen Gerichten bereits anhängigen causas particulares quoad punctum prioritatis ex capite connexionis an sich ziehe; aber

β) sie sprechen darum eine solche Bürgschafts-Klage weder als conner mit dem Gant-Verfahren des Verbürgten aus,

γ) noch wollen sie eine solche erst nach schon verhandelten Edicts-Tagen erhobene, auf die Ausstreitung des Vorzugs-Rechtes unter den Gläubigern gar keinen Einfluß äußernde Bürgschafts-Klage dem ordentlichen Gerichts-Stande der Beklagten entziehen.

5. Es war demnach der Einwand des nicht geeigneten Gerichtsstandes für gegründet zu erkennen, mithin der kön. Fiscus an das geeignete Forum der Beklagten zu verweisen.

München, den 23. März 1814.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco, Präsid.

Secr. Fränkl.

50.

Competenz betr.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Forum des Fiscus in Klagen wegen Fortbezug des vollen Gehaltes.

Erkennen in Sachen des Domdechants und Officials Dr. Eucharius Adam zu Eichstädt gegen den königl. Fiscus wegen verweigerten Official-Gehalts, nun Gerichts-Competenz zu Recht:

das königl. Appellationsgericht für den Regen-Kreis sey in dieser Streitsache das zuständige Gericht I. Instanz und daher der königl. Fiscus bei diesem Gerichtshofe auf die Klage sich einzulassen verbunden.

Die Proceß-Kosten beider Instanzen werden compensirt.

Gründe.

1) Das die Staatsschuld betreffende Gesetz vom 1. Juni 1822 (Gesetzbl. S. 144.) bestimmt im § IV., daß der Gerichtsstand der Staatsschuldentilgungs-Anstalt für die sechs ältern Kreise bei dem königl. Appellationsgerichte für den Isarkreis sey. Es kömmt daher in einem gegebenen Falle auf die Beantwortung der Frage an, ob die Klage-Foderung zu denjenigen Foderungen gehöre, welche der Staatsschuldentilgungs-Anstalt zur Haftung gesetzlich überwiesen sind. Denn hieraus entspringt von selbst die Folge, daß die Staatsschuldentilgungs-Anstalt in diesen Klagsachen der kön. Fiscus zu vertreten habe, dieselben daher bei dem forum dieser Staats-Anstalt angebracht, verhandelt und entschieden werden müssen.

2) Nach den vom 20. August 1811 bis 11. Sept. 1825 emanirten Gesetzen und Verordnungen wurden, außer den Staats-Anlehen der königl. Schuldentilgungs-Anstalt folgende Foderungen, unter welche die vorliegende Klage etwa subsumirt werden könnte, gesetzlich überwiesen.

a) Rückstände bei dem Civil-Etat aus Besoldungen und Staats-Pensionen.

Verordnung vom 20. August 1811 die Errichtung einer Staatsschuldentilgungs-Commission betreffend § 1. Reggsbl. S. 1065.

Verordnung vom 7. Novemb. 1811 die Errichtung einer Staatsschulden-Liquidations-Commission betreffend § 13. R. Bl. S. 1704.

b) Pensionen des Säcularisations- und Mediatisirungs-Etats. Fin. Gesetz vom 22. Juli 1819 Tit. I. § 1. Gesetzbl. S. 229. Gesetz v. 22. Juli 1819, das Staats-Schuldenwesen betr. § IV. Nr. 2. ibid. S. 246.

Finanz-Gesetz vom 11. Sept. 1825 Tit. I. § 3. Gesetz-Bl. S. 145.

Gesetz vom 11. Septemb. 1825 das Staatsschuldenwesen betr. § ibid. S. 197.

c) Die sämmtlichen übrigen auf dem Pensionsetat der Staats-Casse befindlichen Civil-Personen und Unterstützungen und

d) die Mehrbezüge activer Staatsdiener aus frühern Dienst-Verhältnissen.

Finanz-Gesetz vom 11. Sept. 1825, das Staatsschulden-Wesen § 6. ibid. S. 197.

3. In dem vorliegenden Falle fodert aber Appellant den Fortbezug seines Officials-Gehalts zu 400 fl. jährlich

a) weder als Pension,

b) noch als Mehrbezug eines Staatsdieners aus frühern Dienst-Verhältnissen; denn

zu a) wenn es auch Fol. 3. der Klage heißt: Appellant habe aus dem Reichs-Deputationsschlusse ein Recht auf den Fortbezug seines Official-Einkommens, wenn nicht als Dienst-Gehalt, doch als Pension erworben, so ist dessenungeachtet aus der ganzen Darstellung nicht zu verkennen und nach der Klagbitte offenbar, daß er von der Klagstellung an keine Pension, sondern den vollen Gehalt als noch activer Beamter des Officials in Anspruch genommen habe.

Zu b) auch nicht als Mehrbezug eines activen Staats-Dieners aus frühern Dienstes-Verhältnissen verlangte Appellant diesen jährlichen Bezug von 400 fl. Ein solcher Mehrbezug setzt nämlich voraus, daß entweder das frühere Dienstes-Verhältniß aufgehört habe, oder daß wenigstens mit dem auf eine mindere Etats-Summe gesetzten Dienst ehemals ein höherer Gehalt verbunden war. Keiner dieser Fälle ist aber in folgender Sache vorhanden.

4. Wenn daher, wie hier, die Klagfoderung den Fortbezug des vollen Gehalts vom Staate für eine active Dienst-Leistung bezweckt, so ist nicht die königl. Staatsschuldentilgungs-Anstalt, sondern das einschlägige Kreis-Fiscalat der Beklagte, der gesetzmäßige Vertreter des königl. Fiscus, es ist nicht das forum der Staatsschuldentilgungs-Anstalt, sondern das einschlägige königl. Appellationsgericht der zuständige Gerichtsstand.

5. Es möchte zwar scheinen, daß, da der Appellant auch den Rückstand von dem ihm seit 1822 vorenthaltenen Official-Gehalte nebst Verzugs-Zinsen einklagte, wenigstens hinsichtlich dieses Theiles der Klage das königl. Appellationsgericht für den Regen-Kreis nicht competent, dieser Klagepunct an das forum der Staatsschuldentilgungs-Anstalt zu verweisen sey, weil die oben § 2. lit. a. bezeichneten allerhöchsten Verordnungen ausdrücklich enthalten, daß die Rückstände der Staats-Gläubiger aus Besoldungen der Staatsschuldentilgungs-Anstalt zur Realisirung überwiesen seyen und zwar ohne Unterschied zwischen damaligen und später entstehenden Rückständen aus Titeln vor oder nach dem 1. Oct. 1811.

Hierauf scheint ferner im vorliegenden Falle um so größere Rücksicht genommen werden zu sollen, als das königl. Kreis-Fiscalat die sub praes. 13. Januar d. J. abgegebene Erinnerung selbst nur pcto. indemnis. rubricirte und dem Eingange seiner Incompetenz-Einrede gemäß nur dann auf Ersatz des im Jahre 1821 eingegangenen Official-Gehalts gerichteten Klagepunct jene Einrede entgegensetzte. Allein die Anwendung der angeführten gesetzlichen Bestimmungen setzt

voraus, daß ein Besoldungs-Rückstand selbstständig eingeklagt werde.

Im gegenwärtigen Falle bildet aber die Foderung des Gehalts-Fortbezuges den Haupt-Klagepunct, durch dessen Entscheidung die Rückstands-Foderung bedingt ist, mithin dieselbe nur als accessorisch erscheint, das Accessorische aber nach bekannten Rechtsgrundsätzen dem forum der Haupt-Sache folgt.

6. Da indessen diese Competenz-Frage auf unrichtiger Auslegung der in einem Zeitraume von 14 Jahren erschienenen verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen beruht und der königl. Fiscus das Erkenntniß I. Instanz für sich hat, so mußten die Proceßkosten beider Instanzen compensirt werden.

München, den 28. März 1826.

Graf v. Arco, Präsident.

Secr. Fränkl.

51.

Das Forum des Fiscus, als Beklagten in Personal-Klagen betreffend.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des quiescirten Hofgärtners Georg R. in A. gegen den königl. Fiscus wegen Belassung der freien Wohnung oder Entschädigung zu Recht:

daß der Fiscus auf die gestellte Klage vor dem königl. Appellationsgerichte des Untermain-Kreises sich einzulassen nicht schuldig sey.

Gründe.

Bei Personal-Klagen hat der Kläger dem Gerichtsstande des Wohnortes des Beklagten, das ist desjenigen, welcher die Ansprüche des Klägers anzuerkennen sich weigert, oder dessen Rechte verletzt hat, in der Regel zu folgen, sohin den königl. Fiscus, welcher den Staat in allen streitigen Privat-Rechts-Verhältnissen zu vertreten hat, bei dem für ihn bestimmten privilegirten Gerichtsstande, nämlich bei einem der im Staate bestehenden, und in Kreise eingetheilten Appellationsgerichte zu belangen. Die Entscheidung der Frage: bei welchem dieser Appellationsgerichte, die sich als coordinirte Stellen in ihrer Competenz wechselseitig ausschließen, eine Personal-Klage in einem bestimmten Falle anzubringen sey, kann auch beim Fiscus, so wie im Allgemeinen nur aus den Rechtsbegriffen vom Beklagten und vom Gerichtsstande des Wohnortes abgeleitet werden; hiernach ist eine Personal-Klage gegen den Fiscus bei jenem Appellationsgerichte zu stellen, in dessen Kreise jene Verwaltungs-Stelle, von welcher die der Klage zum Grunde liegende beschwerende Verfügung ihrer Competenz gemäß erlassen wurde, ihren Sitz hat.

Diese Verwaltungs-Stellen sind nach dem bestehenden Staats-Organismus entweder Kreisstellen, nämlich die Kreis-Regierungen, welche mit den Appellationsgerichten in gleiche Kreise eingetheilt, in ihre Geschäfts-Competenz auf diese Kreise beschränkt sind, und in denselben ihren Sitz haben — oder Central-Stellen, welche ihre Geschäfts-Competenz, auf alle oder mehrere Kreise erstrecken, und dermalen in München constituirt sind, wozu insbesondere die General-Post-, Mauth-, Zoll-, Bergwerks- und Salinen-, dann Lotto-Administration gehören, und eben so auch die Staatsschuldentilgungs-Commission sich eignet.

Hieraus folgt consequent, daß Personal-Klagen aus Verfügungen der Kreis-Regierungen bei den ihnen correspondirenden Appellationsgerichten, gegen Verfügungen der Central-Stellen aber bei dem königl. Appellationsgerichte des Isar-Kreises geltend zu machen sind; denn diese Verwal-

tungs=Stellen (welchen die Leitung und Aufsicht über die Verwaltung und Verrechnung des Staats=Einkommens und des Staats=Aufwandes nach der ihnen durch besondere Verordnungen angewiesenen Competenz zusteht), haben auch den Staat in allen Fällen, in welchen, von ihnen nicht anerkannte oder streitig gemachte Ansprüche an das Staats=Vermögen erhoben werden, vor Gericht zu vertreten, eben aus dem Grunde, weil von ihnen zunächst die den Streit veranlassenden Verfügungen ausgehen.

Für die Entscheidung der Frage über die Competenz ist es daher gleichgültig, ob das Staats=Ministerium die beschwerende Verfügung der Verwaltungsstelle genehmiget hat, oder nicht; denn nicht in dieser Genehmigung, sondern in jener Verfügung liegt die zur Klage berechtigende Verletzung, und gegen sie ist die Klage, so wie die administrative Beschwerde gerichtet.

Eben so gleichgültig ist der Ort, wo der Kläger im Staats= oder Hofdienst angestellt war, oder die Casse ist, aus welcher er seine Besoldung oder Pension bezieht, und die Behörde, von welcher seine Anstellung ausgegangen ist.

Mit diesen Grundsätzen stimmen auch überein die Verordnung vom 26. Juni 1818 über die Competenz in Postreclamations=Sachen, das allerhöchste Rescript vom 14. Dec. 1819 über die Entscheidung des Competenz=Conflictes hinsichtlich des Militär=Fiscus, und das Gesetz vom 1. Juni 1822 über die Staatsschuld. Diese allerhöchsten Anordnungen sind keine Ausnahmen von der Regel, oder vom allgemeinen Gesetze, sondern nur folgerechte Anwendung der gesetzlichen Bestimmung über den Gerichtsstand des Wohnortes in Bezug auf den Fiscus. Dieselben beruhen auf einem und dem nämlichen Principe, und würden daher im Falle eines noch bestehenden Zweifels selbst eine verbindliche Rechtsanalogie für ähnliche Fälle begründen; am wenigsten kann das allerhöchste Rescript vom 14. Dec. 1819 über den erhobenen Competenz=Conflict als eine Ausnahme von der Regel, als ein besonderes Ausnahms=Gesetz angesehen werden, da einerseits ein solches Gesetz in dieser Form verfassungsmäßig un=

statthaft war, anderntheils die Entscheidung eines Competenz-Conflictes nur nach den bestehenden Gesetzen und Grundsätzen sich richten kann.

Im vorliegenden Falle ist nach den Beilagen II. et IV. der Klage nicht nur die Quiescirung des Klägers und die Bestimmung seines Ruhegehaltes durch ein allerhöchstes Rescript vom 1. Mai 1826 verfügt, sondern auch seine Reclamation gegen diese Bestimmung des Ruhegehaltes nach einem — vom königl. Obersthofmarschallstabe Seiner Majestät dem Könige erstatteten Vortrag durch allerhöchstes Rescript abgewiesen, und dieses (so wie die frühere Verfügung) in Auftrag des königl. Obersthofmarschallstabes von der Admassion der kön. Schlösser und Gärten des Untermain-Kreises dem Kläger eröffnet worden. Diese Verfügungen, durch welche sich Kläger beschwert findet, sind nicht von einer Kreisstelle ausgegangen, sondern unter competenzmäßiger Mitwirkung des Obersthofmarschallstabes von der allerhöchsten Stelle selbst; die Schlösser- und Gärten-Administration zu Würzburg kam dabei in keine dienstliche Berührung.

Da nun die Hofstäbe in finanzieler Beziehung unmittelbar dem Statts-Ministerium der Finanzen untergeordnet sind. — Verordnung vom 11. Jan. 1826 über das Finanz-Rechnungs-Wesen, Reggsbl. S. 169. § 10. 38. 39. — und in München ihren ständigen Sitz haben, so eignet sich auch des Hofgärtners R. Klage, welche gegen eine dem Wirkungs-Kreise des königl. Obersthofmarschallstabes betreffende, allerhöchste Entschließung gerichtet ist, zum königl. Appellationsgerichte des Isar-Kreises, eben so wie bei den obengenannten Central-Stellen.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

München, den 30. Juni 1830.

von Ritter.

Secr. Fränkl.

52.

Im Namen Sr. königl. Majestät von Bayern.

Sind die Gerichte oder die Lotto-Behörden competent, Ansprüche a. e. Lotteriegewinne zu beurtheilen?

Erkennt das königl. Appellationsgericht in Sachen Josepha S. *contra fiscum* wegen eines Lottogewinnstes zu Recht:

1) der königl. Fiscus werde gegen den Ablauf des Duplik-Termines in integrum restituirt,
2) derselbe sey schuldig, sich auf die Klage der Josepha S. vom 25. Juli, praes. 4. August vorigen Jahres einzulassen, nnd
3) habe die bisher erlaufenen Kosten zu tragen.

Gründe.

Klägerin behauptet, in der Lotterie einen Gewinn von 297 fl. gemacht zu haben.

Bei Production des Einlagzettels zeigte sich ein Stück davon abgerissen, was nach Versicherung der Klägerin durch einen jungen Huud, der den zu Boden gefallenen Zettel zernagt habe, geschehen ist.

Es wurde ihr deßhalb die Auszahluag des Gewinnes verweigert, und ihre an die General-Lotto-Administration gerichtete Beschwerde abgewiesen, welches Loos auch eine an das Ministerium der Finanzen gerichtete Beschwerde erfahren hat.

Deßhalb nun ist Josepha S. mit einer Klage gegen den königl. Fiscus hierorts aufgetreten. Beklagterseits wurde aber die Streits-Einlassung verweigert, und zwar aus dem Grunde, weil die Gerichte in Fällen, wie der vorliegende incompetent seyen.

Ad 1. Die Duplik hätte am 30. Oct. v. J. einkommen sollen; sie lief aber erst am 6. Nov. ein, nun wäre sohin, wenn nicht um Restitution gebeten wäre, welcher nichts im Wege steht, präcludirt.

Ad 2. Der Einwand des königl. Fiscus, die Prüfung der äußern Form des Einlagscheines, durch welche der Be-

zug eines Gewinnes bedingt sey, stehe nicht den Gerichten, sondern den Lotto-Behörden zu, ist grundlos; denn

a) das Lotto ist ein Spiel, und als solches ein Contract. — Cod. civ. p. IV. cap. 12. § 5 et 6. in not. lit. d. — Steitigkeiten über Contracte gehören vor die Civilgerichte.

b) Die Competenz derselben ist ferner klar ausgesprochen durch die Verordnung vom 12. März 1773, und jene vom 26. März 1778; letztere unterscheidet zwischen Instruction für das Spiel, und zwischen Gesetz für die aus dem Spiel entstehenden Rechtsverhältnisse; für Streitfälle ersterer Art sind die Lotto-Behörden, für Differenzen der letztern Gattung die Gerichte als competent erklärt.

Um eine solche Differenz handelt es sich aber gerade in dem vorliegenden Falle, denn es frägt sich

c) hier nicht um die Bestimmung einer Form, unter welcher sich der Staat auf das Spiel einläßt, was rein administrativer Natur ist, sondern um die Beurtheilung, ob und in wie weit die gegebene, somit unter den Contrahenten schon bestehende, und damit zu einem Essentiale des Vertrages gewordene Form eingehalten und hiedurch dem einen oder dem andern Theile ein Recht erwachsen ist. Daß es nicht in der Befugniß eines der Paciscenten liege, hierüber selbst zu judiciren, ist ohne alle Erörterung klar.

d) Was der Fiscus duplicando zur Bemängelung der Competenz der Civilgerichte darüber anführt, daß das Lotto-Erträgniß die Natur einer indirecten, richterlicher Cognition nicht unterliegender Steuer habe, ist eben so grundlos; denn zu welchem Zwecke ein Contrahent die Erübrigung aus dem Geschäfte verwendet, hat auf die rechtliche Natur des Geschäftes selbst keinen Einfluß.

Ad 3. Die Verurtheilung in die Kosten ist Folge des für die Gegen-Partei obsieglichen Erkenntnisses.

L. am 21. Februar 1834.

Königliches Appellationsgericht für den ***Kreis.

53.

Competenz über Ansprüche auf das Vorrücken in eine höhere Besoldungs-Classe betr.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

In Klagsachen des königl. Forstmeisters Leopold K. zu D. gegen den königl. Fiscus wegen Vorrücken in eine höhere Besoldungs-Classe nach dem Dienstes-Alter wird in Berücksichtigung eines Communicats der kön. Regierung des ***-Kreises, Kammer der Finanzen, vom 13. d. M., wodurch dieselbe die vorliegende Sache als zur ausschließlichen Competenz der königl. Administrativ-Stellen geeignet reclamirt, dann in Erwägung:

1. daß die Beförderung der Staatsdiener zu höheren oder einträglicheren Stellen schon nach allgemeinen Grundsätzen zu den Regierungs-Sachen gehört;

2. daß die über die Beförderung und über das Vorrücken der Staatsdiener bestehenden Verordnungen nur als öffentliche Erklärungen, durch welche sich die Staats-Gewalt über die bei Beförderungen und Ertheilung von Dienstes-Vortheilen zu beobachtenden Grundsätze ausspricht, und wodnrch sie die Anregung von Hoffnungen zur Belebung des Dienst-Eifers beabsichtigt, nicht aber als solche verbindliche Handlungen angesehen werden können, durch welche Zwangsrechte begründet werden;

3. daß die Würdigung der Ansprüche auf Vorrückung (eben so wie jener auf Beförderung) jedesmal von Dienst-Rücksichten abhängt, welche kein Gegenstand der Beurtheilung für die bürgerlichen Richter seyn können;

4. daß nach § 29. des constitutionelen Edictes über die Verhältnisse der Staatsdiener nur jene Verfügungen der Administrativstellen als Civilrechts-Verletzungen eine Klage vor dem zuständigen Richter begründen, welche dem Inhalte des

constitutionelen Edictes zuwiderlaufen, von einem Rechte auf Vorrückung aber in diesem Edicte nichts enthalten ist;

5. daß als Quelle für die civilrechtlichen Verhältnisse der Staatsdiener außer den hierüber bestehenden organischen Gesetzen nur ihre Dienstes-Decrete gelten können, in den Dienstes-Decreten des Klägers aber von einem Rechte auf Vorrückung eben so wenig die Rede ist, als in dem constitutionelen Edicte über die Verhältnisse der Staatsdiener und in der Dienstpragmatik vom 1. Januar 1805;

6. daß, wenn gleich in der Verordnung vom 22. Dec. 1821 (Reggsbl. 1822. § 18.) vier Besoldungsstufen nach dem Dienstesalter festgesetzt sind, doch nicht angenommen werden kann, daß sich die Staatsregierung in der Verleihung der Wohlthat des Vorrückens habe die Hände binden wollen;

7. dieses schon aus der im § 18. deutlich ausgesprochenen Absicht dieser allerhöchsten Verordnung hervorgeht, daß nämlich die festgesetzte stufenweise Steigerung des Dienstgehaltes zur Aneiferung und zur Belohnung fortgesetzter treuen Amts-Verwaltung dienen soll;

8. daß sonach die Ansicht der königl. Kreis-Regierung in den Gesetzen gegründet sey, und

9. die durch Decret vom 14. April d. J. verfügte Mittheilung der Klage an das kön. Regierungs-Fiscalat lediglich den Zweck hatte, dasselbe mit seiner Erinnerung zu vernehmen, oder die betheiligte königl. Administrativ-Stelle zu einer Erklärung zu veranlassen, verfügt:

daß die von dem königl. Forstmeister K. am 8. April d. J. gegen den königl. Fiscus eingereichte Klage als unstatthaft abzuweisen sey.

Den 19. Mai 1828.

Königliches Appellationsgericht für den ***Kreis.

54.

Königreich Bayern.

Staats-Ministerium der Finanzen.

Was unterm heutigen an die kön. Regierung des ***. Kreises, Kammer der Finanzen, ergangen, zeigt Folgendes zur Wissenschaft:

Seine königliche Majestät.

Haben den aus Veranlassung der Klage des Forstmeisters K. zu D. gegen den königl. Fiscus wegen versagter Vorrückung in eine höhere Besoldungs-Classe, erhobenen Competenz-Conflict, nach Vernehmung Ihres Staatsraths, unterm 9. d. M. allergnädigst dahin zu entscheiden geruht:

„daß hier ein Competenz-Conflict vorliege, die Gerichte aber nicht zuständig seyen.“

Der königl. Regierung wird dieß unter Rückschluß der mit Bericht vom 6. Mai v. J. eingesendeten Acten andurch eröffnet, und ist nur das Weitere hiernach zu verfügen.

München, den 16. April 1831.

55.

Arrest und Competenz betreffend.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Die Gerichte sind als Oberaufsichts-Behörden ermächtiget, gegen einen Beamten weg. Un-

Lassen dem königl. Landrichter K. auf seine sämmtlichen gegen das königl. Appellationsgericht des *** Kreises wegen Rechnungs-Legung und provisorischer Vermögens-Beschlag-

nahme angebrachten Beschwerde die Abweisung bedeuten.

ordnung und Saumseligkeit in der Rechnungsstellung ex off. die Vermögens-Beschlagnahme provisorisch zu verhängen.

Entscheidungs-Gründe.

I. Das kön. Appellationsgericht des ***-Kreises hat gegen den über seine Depositen-Verwaltung und über die dabei wahrgenommenen Casse-Defecte zur Rechenschaft aufgefoderten Landrichter X. die provisorische Vermögens-Beschlagnahme von Oberaufsichtswegen competentermassen verfügt; denn

1. schon in der Eigenschaft als Oberaufsichts-Behörde war es befugt und verbunden, nicht nur Rechenschaft zu fodern, sondern auch den entdeckten Mißstand selbst zu heben, wenigst zu vorweilt provisorische Sicherheits-Maaßregeln zu treffen, und jeder dem Interesse der Deponenten und des Fiscus drohenden Verlustes- oder Nachtheils-Gefahr unter selbstiger Amtsverantwortlichkeit vorzubeugen.

2. Zu einer solchen officielen Einschreitung darf die Ober-Aufsichts-Behörde nicht erst das Anrufen irgend eines Privat-Betheiligten abwarten, und die gegen einen bis zur nähern Ausweisung hinterstellig erscheinenden Beamten nur provisorisch von iyr getroffene Sicherheits-Maaßregel kann um so weniger eine Competenz-Überschreitung in dem Falle seyn, wo die Oberaufsichts-Behörde ohnehin auch die civil- und criminalrichterliche Gewalt in sich vereiniget, und in der Zwischenzeit auch mehrere Interessenten mit Depositat-Ansprüchen schon wirklich aufgetreten sind.

3. Ferner war die fragliche Vermögens-Beschlagnahme dringend veranlaßt und aus gerechter Ursache verhängt.

Die zur Depositat-Untersuchung abgeordnete Local-Commission, zu welcher Landrichter X. so oft und immer vergeblich vorgeladen wurde, hat Unordnungen in der Verwaltung und Casse-Defecte wirklich wahrgenommen; die letzteren müssen selbst auch in strafrechtlicher Hinsicht als eine Folge der ersteren betrachtet werden, in so lange bis er sich darüber gerechtfertiget haben wird, und diese Rechtfertigung hat

er seit mehreren Jahren nach so vielen Auffoderungen hinsichtlich der ersteren noch gar nicht, hinsichtlich der letzteren nur erst zum Theil, sohin ungenügend von sich gegeben.

Bei einem solchen, mit seiner Verantwortung so auffallend lange zögernden Beamten mehrt sich der Verdacht und die Gefahr im gleichen Grade, und die provisorische Vermögens-Beschlagnahme erscheint gerechtfertiget, wenn man sie auch als eine blosse, und zwar als die allergelindeste Maaßregel betrachtet, um doch endlich einmal und vor Hand eine genügende Vertheidigung von ihm zu erhalten.

4. Eben so wenig ist an dieser fraglichen Vermögens-Beschlagnahme irgend ein rechtswidriger oder auch nur unbilliger Exceß erfindlich; nur nach der Größe des wahrgenommenen Cassedefectes, und nur provisorisch bis zur näheren Ausweisung wurde sie angeordnet; von der ausdrücklicheu in seine Willkühr gestellten Befugniß bis zu seiner Rechtfertigung auf eine andere ihm etwa minder lästige Art Sicherheit zu leisten, hat er keinen Gebranch gemacht.

II. Das königl. Appellationsgericht soll nach der Meinung des Recurrenten nicht befugt seyn, die commissionelen Depositen-Recherchirungs-Resultate ihm zur Verantwortung aufzudringen, sondern es soll ihn zur eigenen, freien und selbstständigen Schlußrechnung noch vor allen zulassen; allein

1. Nimmermehr kann es einem wegen seiner Depositen-Verwaltung zur Verantwortung gezogenen Beamten zustehen, der Oberaufsichts-Behörde, der er die gefoderte Verantwortung schuldig ist, vorzuschreiben, was ihm vorgelegt werden soll, oder vorzuschreiben, durch wen und in welcher Art oder Form dieselbe die Rechnungs-Bedenken entwerfen lassen soll, da ihm ja freisteht, solche zu beantworten, wie und in welcher Gestalt er will.

2. Kein wirkliches oder wahres Hinderniß liegt im Wege, das ihm seine Verantwortung über die ihm vorgehaltenen Unordnungen in seiner Depositen-Verwaltung oder seine Beantwortung der ihm schon seit so langer Zeit zugeschlosse-

nen Rechnungsmoniten unthunlich machen könnte; der freie Gebrauch aller Bücher, Manualien, Acten steht ihm, wenn er will, in den Registraturen offen, um sich derselben zu seiner freiesten Vertheidigung bedienen zu können, braucht er wohl nicht reactivirter Beamter zu seyn.

3. Insbesondere ist der Vorwand ganz nichtig, als ob er zur Beantwortung der commissionelen Rechnungsmoniten erst durch eine vorläufige förmliche Schlußrechnung in den Stand gesetzt werden solle; es wird zur Zeit nichts anderes von ihm gefodert, als über die ihm bezeichneten Unordnungen sich zu rechtfertigen, und über die ihm bezeichneten Defecte sich auszuweisen, aufzuklären und darzuthun, daß diese Defecte nicht bestehen. Wie er dieß aus den ihm vollkommen geöffneten Quellen aller Art, die für die Beantwortung der commissionelen Rechnungsmoniten, und für die Anfertigung einer förmlichen Schlußrechnung immer die nämlichen sind, zu bewirken gedenkt oder vermag, ist ihm gänzlich freigestellt; und wenn er in was immer für einer ihm beliebigen Rechnungs-Form nur nachweist, daß die ihm monirten Defecte nicht bestehen, daß sie in andere Massen, und in welche bereits vergütet worden, daß für andere Massen, und für welche Vorschüsse gemacht wurden, daß die Defecte einzelner Massen bei anderen, und bei welchen als Vorschuß vorhanden sind ꝛc. ꝛc., so wird erst durch eine solche Aufklärung und Nachweisung der Rechnungs-Verständige zu ermessen vermögen, ob noch ein verantwortlicher Defect im Ganzen bestehe, oder nicht; die Oberaufsichts-Behörde wird dann auf den Grund dieses von dem Rechnungs-Verständigen abverlangten Gutachtens erst den weiteren Beschluß fassen können; und all dieses muß nothwendig vorausgehen, ehe von der Wiederaufhebung der verhängten provisorischen Vermögens-Beschlagnahme auch nur eine Rede seyn kann.

III. Das Begehren des Recurrenten, daß das königl. Appellationsgericht nicht befugt seyn soll, ihn zur Rechenschaftsgebung überhaupt mit irgend einer Zwangs-Maaß-Regel anzuhalten, bevor nicht der Fiscus einen seiner Amts-

Kathegorie angemessenen Functions-Gehalt für ihn und für sein Schreiber-Personal und für die Dauer des Geschäftes angewiesen haben wird, ist

1. der Verfassung zuwider, welche einem Beamten, sobald er in Quiescenz versetzt wird, und so lange er in dieser verbleibt, nur den für jede Dienst-Classe schon bestimmten Standes- oder Pensions-Gehalt abzureichen gebietet. Nebenher ist es

2. eine grundirrige Meinung des Recurrenten, als ob die Rechnungslegung über sein geführtes Amt und seine Verantwortung hierüber noch eine solche Amts-Function wäre, wofür er, so lange er sich damit beschäftiget, auch seinen vorigen Functions-Gehalt noch fortzubeziehen bemächtiget wäre; da er während seiner Amtsactivität seinen Gehalt für eine vorschriftsmäßige bedenkensfreie Amtirung bezogen hat, und wenn er sein Amt unrichtig geführt hat, und deßhalb zur Verantwortung gezogen werden muß, für die Mühe, die er auf seine personel ihm obliegende Vertheidigung verwendet, wohl nicht auch eine Belohnung oder den Fortbezug seines Activitäts-Gehaltes ansprechen kann; auch dem allerhöchsten Ärar die Last nicht zu überbürden ist, eines wegen Unzufriedenheit mit seiner Amtirung in Quiescenz gesetzten Beamten, während der ganzen Zeit, durch die er seine Rechtfertigung hinzuhalten geflissen seyn möchte, und etwa bis zu seinem Tode hin seinen vorigen ganzen Gehalt zu verabreichen.

IV. Endlich konnte seiner nebenher noch gestellten Bitte um Zurückzahlung der bereits vermöge oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 6. Sept. 1820 als Frivolitäts-Strafe erlegten 15 Thaler und um Aufhebung der im nämlichen Erkenntnisse ihm gemachten Personal-Arrests-Bedrohung für künftigen ähnlichen Muthwillen um so weniger deferirt werden, je mehr sich dem obersten Gerichtshofe aus seinem ganzen bisherigen Benehmen bei dieser seiner von ihm gefoderten Amtsrichtigstellung, und insbesondere wieder neuerdings aus seinem gegenwärtigen Recurse, die Überzeugung aufgedrungen hat, daß er sein Heil nur in leeren Ausflüchten und Auf-

züglichkeiten sucht, und während er über unrechtmäßige Gewalt und widerrechtliche Kränkungen klagt, nur selbst dem Gesetze sich entziehen will.

München, den 22. December 1821.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

Secr. Fränkl.

56.

Erkenntniß.

Das königl. Appellationsgericht für den ***Kreis erkennt in Sachen des kön. Landrichters X. gegen den königl. Fiscus pocto arresti zu Recht:

daß Landrichter X. mit seiner gegen den kön. Fiscus erhobenen Querel, wie hiemit geschieht, definitiv abgewiesen werde.

Die Administrativ-Behörden sind ermächtiget z. Deckung ärarialischer Foderungen provisor. Sicherh.-Maaßregeln zu treffen; doch nur salvo recursu ad judicem.

Gründe.

Schon nach allgemeinem Rechte stehen dem blossen Privatgläubiger gegen seinen Schuldner in dem Falle, wo die richterliche Hülfe zu spät kommen, und daher ohne Erfolg seyn würde, alle und jede Mittel zu, sich gegen den ihm drohenden Verlust sicher zu stellen, so wie auch der Gläubiger seinen auf der Flucht befindlichen Schuldner anhalten, und sich der Sachen, die er mit sich führet, bemächtigen darf. L. 10. § 16. de quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restitutuantur. (XLII.)

L. 54. c. de decurionibus. (X. 31.)

Auch ist aus eben dem Grunde die Rechnungsstelle oder der von ihr abgeordnete Commissarius, sobald sich ein beträchtlicher Passiv-Stand klar herauswirft, nicht nur befugt, sondern sogar verpflichtet, zur Sicherstellung des Interesses des Rechnungs-Principals die erfoderlichen Maaßregeln zu ergreifen, obgleich dieser in eigener Sache nicht Richter seyn kann;

Rebmann vom gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren im Rechnungswesen § 29. S. 65.

und wenn gleich den fürstlichen und andern landesherrlichen Kammern und landschaftlichen Collegien, den mittelbaren Herrschaften, Stiftern, Bürgermeistern und Räthen in den Städten, so wie überhaupt allen den Herren, in deren Namen sie handelten, keine potestas judiciaria in cognoscendo zusteht, so besitzen sie doch potestatem in exequendo.

Rebmann § 92. S. 191.

II. Nach bayer. Rechten steht den Kammer-Collegien, und den an ihre Stelle getretenen Regierungen das Recht zur Deckung ärarialischer Foderungen provisorische Sicherheits-Maaßregeln zu treffen, und daher auch Arrest auf das Vermögen ihres Rechnungs-Leisters salvo recursu ad judicem zu verfügen offenbar zu; denn die neue Hof-Kammer-Ordnung vom 16. Juli 1779 § 5. (Mair'sche Generalien-Sammlung Bd. I. S. 409.) ermächtigt die Administrativ-Stellen in den Fällen, wo Kammeral-Diener Dienst-Gebrechen begehen, im herrschaftlichen Empfange rückständig verbleiben, solche zu untersuchen, Receß zu ziehen, Rechnung zu schließen, auf Suspension ex officio et salario anzutragen, statt dieser Diener einstweilen andere provisorisch anzustellen, und alle mögliche Executions-Mittel zur Sicherstellung der herrschaftlichen Cassa einzuschlagen, und in dem Rescripte an die königl. Finanz-Direction des Iller-Kreises am 29. Oct. 1813 erlassen, (in Gerets Sammlung Bd. III. S. 4.) ist dieses eben so bestimmt ausgedrückt.

III. Wollte man dagegen einwenden, daß in der Hof-Kammer-Ordnung nur eine durch das Richteramt und nicht

eigenmächtig zu bewerkstelligende Beschlagnahme bezielet werde, so ist

a) diese Beschränkung in der Hofkammer-Ordnung nicht enthalten, vielmehr gibt dieselbe

b) den Administrativ-Behörden unbeschränkte Befugniß, die um desto weniger nachtheilig seyn kann, als den Betheiligten der Recurs zur Justizstelle offen steht;

c) diese unbeschränkte Befugniß geht nicht allein aus den klaren Worten der allegirten Stelle, sondern auch daraus hervor, daß dieselbe unter den Rechten aufgezählt ist, welche, wie die provisorische Suspension ex officio et salario den Administrativ-Behörden offenbar zustehe.

d) Auch spricht der Eingang des § 5. denselben dieses Recht zu, nach welcher der Hofkammer die Gewalt in allen Gegenständen, so das Kameral-Interesse betreffen, zu erkennen, Mandate zu erlassen, zusteht, und dagegen von keiner Stelle ein Einhalt oder Instand ohne vorgängige Hörung der Hofkammer verhängt werden soll, was auch in der Hofkammer-Ordnung vom Jahre 1779, Art. 3. § 8. der Verordnung vom 17. Juni 1809. Reggsbl. S. 1033. cod. jud. cap. 5. § 7. und cap. 16. § 2. Nr. 1. 2. 3. und der Novelle vom 22. Juli 1819 § 9. bestättiget wird.

Nebst diesen ausdrücklichen Gesetzen steht auch der königl. Regierung die unbestrittene Observanz zur Seite.

Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, erkannt werden.

A. den 30. Mai 1823.

Wer competent sey, über den widerrechtlichen Austritt eines Wirthes aus dem Brauhause zu urtheilen, ob die Civil- oder Administrativ-Behörde, darüber sprach das königl. Appellationsgericht für den *** Kreis folgende Ansicht aus:

Es handelt sich um Zuerkennung der von der Klägerin erbetenen Strafe von 50 bis 100 fl. und ist also der Streit civilrechtlicher Natur.

Der dem Art. 22. Tit. II. des Gesetzes vom 25. April 1811 entgegen handelnde Wirth verletzt hiedurch zunächst den mit dem Brauer eingegangenen Vertrag und dieser wird hiedurch beschädiget.

Diese Contracts-Verletzung resp. Beschädigung hat das genannte Gesetz mit einer Strafe von 50—100 fl. bedroht, und zwar zum Beßten des verletzten Brauhauses, also zur Entschädigung des letztern; diese legale Strafe, welche anolog einer Conventional-Strafe gleich ist, vertritt nach Ld.-R. Th. IV. cap. 1. § 11. und cap. 3. § 15. Nr. 8. in not. die Stelle des Interesse — lucri cessantis, et damni emergentis — und neben ihr kann keine weitere Entschädigung vom Brauer gefodert werden.

Ob nun in einzelnen Fällen wegen Vertrags-Verletzung eine Entschädigung durch Zuerkennung der legalen, respect. conventionelen Strafe von 50 — 100 fl. einzutreten habe, gehört nach der Natur des in Mitte liegenden Privat-Verhältnisses, wobei das Publicum nicht betheiliget ist, unverkennbar zur Cognition und Entscheidung der Civilgerichte.

Beschwerden der Brauer gegen die Wirthe wegen Bier-Abnahme gehören, wo nicht ein besonderer Vertrag zwischen beiden bestehet, nicht zu den Justiz-Gerichten.

Dagegen erließ das königl. Staats-Ministerium der Justiz nachstehende Entschließung.

Königreich Bayern.

Staats-Ministerium der Justiz.

In Erwägung,

1. daß die Bestimmung des Art. 22. der Verordnung vom 25. April 1811 nicht aus eigentlichen Rechts-Principien

sich ableiten läßt, sondern diese Verordnung im Allgemeinen, insbesondere aber auch die Bestimmungen der Art. 22. 23. und folgende, deren Tendenz Schutz und Begünstigung der Brauereien in gewerblicher Hinsicht ist, auf administrativen und gewerbspolizeilichen Principien beruhet, und sohin die Execution dieser Verordnung consequent den Polizei-Behörden obliegt, weil die besondern Fälle, welche vor die Justiz-Stellen competiren, darin genau verzeichnet sind —

2. daß die Verhängung der im Art. 12. dem Übertreter angedrohten Strafe durch eine Untersuchung bedingt ist, welche nach der Beschaffenheit der Sache weder zur strafrechtlichen, noch zur civilrechtlichen Competenz sich eignet;

3. daß daraus, daß im Art. 26. a. a. O. von Verträgen die Rede ist, die Begründung der civilrechtlichen Zuständigkeit in Fällen, wo nicht ein besonderer Vertrag zwischen dem Bierbrauer und den Wirthen bestehet, eben so wenig hergeleitet werden kann, als z. B. Differenzen zwischen Hauseigenthümer und Miethleuten, so ferne nicht die Theile durch schriftliche Contracte ihre Rechte sicher gestellt haben, und

4. daß bei der nach Art. 22. und folgend a. a. O. zur Sprache kommenden Frage schleuniges Verfahren, ohne den strengen Formen des civilrechtlichen Verfahrens statt zu geben, der Natur dieses Gegenstandes eben so, als der Absicht des Gesetzgebers angemessen ist — wird hiemit, im Einverständnisse mit dem Staats-Ministerium des Innern erklärt, daß die Zuständigkeit der Justiz-Stellen in der Klags-Sache der Gräfin v. K. gegen den Wirth N. wegen Bier-Abnahme nicht begründet sey.

München, am 27. August 1834.

57.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc.

Streitigkeiten über Gewerbs-Beeinträchtigungen gehören zur Competenz der Polizei-Behörden.

Erkennt das königl. Appellationsgericht ꝛc. in der Streitsache des Fragners Joseph K. zu P. und seiner Ehefrau gegen den Krämmer Johann St. daselbst wegen Gewerbs-Beeinträchtigung zu Recht:

daß die Appellanten hierorts ab, und an die competente Stelle zu verweisen seyen.

Gründe.

Die K.'schen Eheleute, — als Besitzer einer Fragners-Gerechtigkeit zu P., gründen ihre Klage auf die Thatsache, daß sich der beklagte St. beigehen lasse, außer den, einem Land-Krämmer zustehenden Waaren auch noch solche Artikel zu verkaufen, deren Verkauf nur den Fragnern zustehe, als Strohhüte, Holzwaaren ꝛc. Diese Klage umfaßt also lediglich eine Beschwerde über Beeinträchtigung im Gewerbe, und darüber, daß die Kläger eine Fragner-Concession besitzen, der Beklagte aber laut Beilage zur Exception am 31. März 1834 die Krammhändlers-Gerechtigkeit des Jacob P. in personeler Eigenschaft durch Kauf erworben habe, besteht kein Widerspruch.

Die Streitfrage besteht also bloß darin, ob der beklagte Johann St. auf den Grund der im Jahre 1814 erworbenen personelen Krammhandlungs-Gerechtigkeit auch die in der Klage bezeichneten Waaren führen dürfe, oder ob der Fragner K. durch diesen Waaren-Verkauf in seinem Gewerbe beeinträchtiget werde.

Hierüber haben aber nicht die Gerichte, sondern die Polizei-Behörden zu erkennen.

Das Gewerb-Gesetz vom 11. Septemb. 1825 verordnet nämlich in Art. 10. Nr. 2.: „über die Befugnisse zum Gewerbe in Folge einer Concession, über den Umfang und die Erlöschung desselben, so wie über jede andere, unter Gewerbs-Inhabern entstehende, nach administrativen und gewerbspolizeilichen Bestimmungen zu entscheidende Irrung beschließen und verfügen in dem ihnen vorgesetzten Wirkungs-Kreise die Polizei-Behörden.“

Diese gesetzliche Bestimmung über die Zuständigkeit der Behörden in Gewerbssachen wird durch die Instruction zu den Grund-Bestimmungen für das Gewerbswesen vom 28. December 1825 im § 66. noch genauer dahin erläutert, daß bei Beschwerden concessionirter Gewerbs-Inhaber über unerlaubte Gewerbs-Anmassung und Pfuscherei von Nichtberechtigten, oder über Eingriffe in ihre Befugniß von Genossen eines andern Gewerbes die Polizei-Behörde den Thatbestand erhebe, und nach Vernehmung des Beklagten dasjenige verfüge, was nach Lage der Umstände zum Schutze des berechtigten Gewerbs-Inhabers als zweckdienlich erscheine, ohne ein förmliches Streit-Verfahren oder Schriften-Wechsel zuzulassen.

Nur Streitigkeiten zwischen zwei oder mehreren Betheiligten über Erwerbung, Veräußerung, Verpachtung, Erlöschung oder Verödung von realen und radicirten Gewerben, ferner diejenigen Streitigkeiten, bei welchen der Klage-Grund auf einem privatrechtlichen Titel beruhet, eignen sich nach dem angeführten Art. 10. Nr. 3. des Gewerbs-Gesetzes zur Entscheidung des ordentlichen Richters.

Ein solcher Streit liegt aber hier nicht vor, sondern nur eine Beschwerde über Gewerbs-Beeinträchtigung, deren Untersuchung und Entscheidung den Polizeibehörden angehört.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

Am 29. Juli 1831.

Vorstehendes Erkenntniß wurde vom königl. Oberappellationsgerichte am 2. August 1834 bestättiget.

58.

Gründe.

Unter Beziehung auf die dem Appellationsgerichts-Erkenntnisse nachgesetzten Entscheidungs-Gründe wird hieher bemerkt, daß von den in dem Gesetze, die Grundbestimmungen für das Gewerbswesen betr., Art. 10. Nr. 3. (Gesetzbl. 1825 S. 138. 139.) bemerkten drei Fällen, in welchen sich Streitigkeiten über Gewerbssachen zur Entscheidung des ordentlichen Civil-Richters eignen, keiner hier vorhanden ist; denn nur von dem Falle könnte es bei dem vorliegenden Processe sich handeln, daß ein Streit vorhanden sey, bei welchem der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel beruhet. Dieser Fall liegt aber nicht vor, weil der Klagegrund der Kläger lediglich darauf sich stützt, daß die Beklagten die Gränzen ihrer Gewerbs-Befugniß überschreiten.

Wenn daher auch die Beklagten darauf eingewendet haben, daß sie den Titel der Verjährung für sich hätten, so wird dadurch an dem Klagegrunde, welcher das entscheidende Merkmal bildet, nichts verändert, indem nur alsdann, wenn die Klage nicht die Exception auf einen privatrechtlichen Titel beruhet, eine Gewerbssache, der gesetzlichen Vorschrift nach, zu einer solchen gestaltet wird, welche zur Entscheidung des ordentlichen Civil-Richters sich eignet.

München, den 2. August 1834.

Freyherr von Freyberg.

Secr. Fränkl.

Über die Gränzen der Gewerbs- und Handels-Befugnisse zwischen Zinngießern und Glasern ergeben sich häufige Differenzen, die, so viel ich bisher darüber in mündliche Erfahrung bringen konnte, in den verschiedenen Kreisen sehr

verschiedenartig entschieden werden. Ich selbst besitze hierüber nur nachstehende zwei Erkenntnisse eines königl. Landgerichtes für den Isar-Kreis, und würde mich sehr freuen, durch Mittheilung mehrerer Urtheils-Sprüche dieser Art in den Stand gesetzt zu werden, zur künftigen gleichmäßigeren Entscheidung der vorliegenden Frage beitragen zu können:

ob die Glaser berechtiget sind, steinerne Krüge und Gläser zum Beschlagen mit Zinn zu übernehmen und damit zu handeln?

59.

Erkenntniß.

Vom königl. Landgerichte X.

Wird in der Untersuchung über die vom b. Zinngießer B. unterm 7. August d. J. gegen M. H., b. Glaser, wegen Gewerbs-Beeinträchtigung durch Übernahme von Gläsern und steinernen Krügen zum Beschlagen geführten Beschwerde erkannt und beschlossen:

daß sich M. H. durch solche Übernahme von Gläsern und steinernen Krügen zum Beschlagen wirklich einer Überschreitung seiner Gewerbs-Befugnisse und Beeinträchtigung des Zinngießers B. schuldig gemacht und für die Zukunft einer ferneren solchen Gewerbs-Beeinträchtigung bei Meidung einer Strafe von 6 Thalern zu enthalten, auch die Untersuchungs-Kosten zu tragen habe.

Gründe.

1. Der bürgl. Zinngießer B. hat gegen den bürgl. Glaser M. H. wegen Gewerbs-Beeinträchtigung, welcher dieser durch Aufmachen von zinnernen Deckeln auf Gläser und Krüge, und durch Übernahme von fremden Gläsern und Krügen zum Beschlagen zum Nachtheile des Zinngießer-Gewerbes begangen hat, Beschwerde geführt, und der bürgl. Glaser M. H. hat in seiner Verantwortung vom 16. Aug.

d. J. zwar widersprochen, daß er selbst zinnerne Deckel oder andere Beschläge auf Trinkgeschirre aufgemacht habe, jedoch eingestanden, daß er die Besorgung des Aufmachens solcher Beschläge übernommen, d. h. daß er Gläser oder Krüge, welche die Leute zum Beschlagen zu ihm brachten, hier oder auf dem Lande angenommen und sodann zur Verfertigung dem Zinngießer von W. oder bisweilen jenem von D. übergeben habe, indem er hiezu durch eine unfürdenkliche Ausübung berechtiget, und zur Übergabe an auswärtige Zinngießer durch das unfreundliche oder wohl gar zurückweisende Benehmen des Beschwerde-Führers genöthiget gewesen sey.

2. Durch die allerhöchsten und zur Zeit noch gültigen Verordnungen vom 1. Dec. 1786 und 21. Dec. 1787 ist das Befugniß des Glaser-Gewerbes deutlich auf den Glashandel, auf die Führung aller Gattungen Glas-Waaren und auf den Handel der mit Zinn beschlagenen Kinder-Ludeln und gläsernen Krüge festgestellt, und das Gewerbs-Befugniß des M. H. später durch den Beschluß der königl. Regierung des Isar-Kreises vom 14. August 1828 Nr. 15,503. auch auf den Handel mit steinernen Trinkgeschirren ausgedehnt worden, welch letztere Erweiterung noch keineswegs das Recht zur Führung und zum Handel beschlagener steinernen Trinkgeschirre unbedingt in sich schließt, sondern nur bei dem Rückblicke auf das Recht der Glaser zum Handel mit beschlagenen gläsernen Krügen vermuthen läßt.

3. Unter diesen ursprünglichen und erweiterten Gewerbs-Befugnissen der Glaser ist jedoch das Beschlagen der gläsernen oder steinernen Trinkgeschirre oder das Aufmachen von zinnernen Beschlägen auf solche Geschirre nicht begriffen, und kann auch nicht darunter begriffen seyn, da zinnerne oder andere Beschläge offenbar solche Zugehörungen zu den Trink-Geschirren sind, welche man andern Handwerkern als selbstständige Verkaufs-Gegenstände auf Vorrath oder Bestellung aus Materialien und mit Werkzeugen, welche von jenen der Glaser wesentlich verschieden sind, hervorgebracht werden, und keinem Handwerks-Meister gestattet ist, solche Zugehörungen ohne eine eigene hiezu berechtigende Concession zu

besitzen, zum Nachtheile der hiezu berechtigten Handwerks-Meister zu verfertigen, und zwar um so weniger, als ohnehin kein Meister und so auch kein Glaser im Einkaufe oder in der Bestellung an die einschlägigen Gewerbs-Leute seines Wohnortes gebunden ist; — auch spricht selbst die Behauptung des Glasers H., daß er nie zinnerne Lucke oder Deckel, oder andere Beschläge auf Trinkgeschirre aufgemacht habe, dafür, daß ein solches Befugniß seinem Gewerbe nicht anklebe.

4. Nachdem nun Glaser H. ausdrücklich zugestanden hat, daß er Gläser und Krüge, welche die Leute zum Beschlagen zu ihm brachten, hier oder auf dem Lande angenommen habe, so kann kein Zweifel bestehen, daß er hiedurch seine Gewerbs-Befugniß überschritten und das Gewerbe des Zinngießers B. beeinträchtiget habe, und von dieser Anschuldigung wird auch Glaser H. dadurch, daß er solche angenommene Trinkgeschirre den Zinngießern in W. oder D. zur Verfertigung der bestellten Beschläge übergeben habe, gegenüber des Beschwerde-Führers B. nicht frei; denn, wenn auch diejenigen, von denen H. die Trinkgeschirre zur Besorgung des Beschläges annahm, nach der oben bemerkten Freiheit in der Wahl des Gewerbs-Meisters an den Zinngießer B. nicht gebunden waren, so ist doch möglich, und sogar bei dem Umstande, daß Gewerbsleute in einem und demselben Orte ihre Bestellungen in der Regel Einem zu Guten kommen lassen, nicht zu bezweifeln, daß B. jene Trinkgeschirre, welche Glaser H. hier angenommen hat, zum Beschlagen erhalten haben würde, wenn H. dieselben nicht angenommen hätte.

5. Da nun einerseits Gewerbs-Befugnisse und Erweiterungen dort, wo in Ansehung der Verschiedenheit des zu bearbeitenden Stoffes oder der Bereitungs-Art oder des Erzeugnisses selbst kein Zweifel obwaltet, strenge zu interpretiren und zu handhaben sind, andererseits aber dem berechtigten Gewerbs-Manne gesetzlich der benöthigte Schutz gegen jede Beeinträchtigung gewährt werden muß, und im vorliegenden Falle die Gewerbs-Überschreitung des M. H. um so weniger zu bezweifeln ist, als zur Erlangung eines Gewerbes

oder einer Gewerbs-Erweiterung gemäß den gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich die Concession erfoderlich ist, und diese Concession in Gewerbs-Sachen durch eine Verjährung nicht supplirt oder surrogirt werden kann, so erscheint die Beschwerde des Zinn-Gießers B. als begründet, und es mußte daher dem Glaser H. die fernere Beeinträchtigung bezeichneter Art unter Strafe-Androhung untersagt, so wie auch wegen Sachfälligkeit die Tragung der durch ihn veranlaßten Untersuchungs-Kosten aufgebürdet werden.

Am 13. October 1834.

60.

Vom königl. Landgerichte X.

Wird über die Beschwerde des bürgl. Zinngießers B. gegen den bürgl. Glaser Ulrich Z. wegen Gewerbs-Beeinträchtigung durch Führung und Verkauf von beschlagenen und unbeschlagenen steinernen Krügen beschlossen:

„daß dem Glaser Ulrich Z. die Führung und der Verkauf steinerner, beschlagener und unbeschlagener Krüge nicht zustehe, und demselben daher für die Zukunft bei Meidung einer Strafe von 5 fl. zu untersagen, übrigens auch derselbe die Gerichts-Kosten zu tragen schuldig sey.“

Gründe.

1. Der bürgl. Zinngießer B. beschwerte sich in seiner Eingabe vom 14. October 1834 gegen den Glaser-Meister Ulrich Z. darüber, daß dieser sich beigehen lasse, beschlagene und unbeschlagene steinerne Krüge sowohl in seinem Hause, als auch auf Jahr-Märkten und durch Hausiren zum Verkaufe auszubieten.

2. Was die letzte Beschwerde wegen Verkaufes im Wege des Hausirhandels, welchen Glaser Z. widersprochen hat,

betrifft, so hat Zinngießer B. in seiner Protocollar-Vernehmung vom 15. Nov. v. J. diesen Vorwurf dahin modificirt, daß Z. in den Wirths-Häusern seine Krüge ausbiete und Bestellungen annehme; allein dieses ist kein wirklicher Hausir-Handel, und dem Gewerbs-Manne, so ferne er zur Führung der Artikel, die er anbietet und für die Bestellungen annimmt, berechtiget ist, nicht verboten.

3. Der Glaser Z. hat hingegen die Führung und den Verkauf von steinernen beschlagenen und unbeschlagenen Krügen zugestanden, und will die Berechtigung hiezu theils aus der allerhöchsten Verordnung vom Jahre 1786, theils aus der Erfahrung, gemäß welcher die Glaser auch in anderen Örtern solche Waaren führen, und insbesondere aus dem dem hiesigen Glaser H. hiezu speciel eingeräumten Befugnisse ableiten; allein

a) die Verordnung vom 1. Decemb. 1786 und selbst jene vom 21. Decemb. 1787 sprechen gegen ein solches Befugniß, indem gemäß der ersteren Verordnung den Glaser-Meistern nur der Glashandel und die Führung aller Gattungen Glas-Waaren, zu denen doch steinerne Krüge nicht gerechnet werden können, eingeräumt, und durch die letztere Verordnung der Handel mit den mit Zinn beschlagenen Gefäßen lediglich auf gläserne Krüge und Kinder-Ludeln beschränkt wurde.

4. Die Berufung auf den Verlag solcher Artikel bei den gleichen Gewerbs-Genossen in anderen Örtern kann kein gleiches Recht für die Gewerbs-Genossen in allen Örtern ohne Ausnahme begründen, was daraus begreiflich wird, daß es einestheils allerdings möglich und auch der Erfahrung gemäß ist, daß in manchen Örtern dieser oder jener Gattung von Gewerbs-Genossen besondere Rechte und Befugnisse ertheilt wurden, welche nicht auf die gleichen Gewerbs-Genossen in anderen Örtern ausgedehnt werden können, und daß anderntheils gleichfalls erfahrungsgemäß sey, daß es bei verschiedenen Gewerben in verschiedenen Örtern auch in Bezug auf Waaren-Artikel verschieden gehalten wird, wornach also der Schluß von einem Orte oder von mehreren

Örtern auf alle übrigen Örter noch keineswegs unbedingt ein Recht begründen kann; und endlich

c) die Berufung auf das dem Glaser H. eingeräumte Befugniß kann dem Glaser Ulrich Z. nicht behülflich seyn, da dem H. der Handel mit steinernen Trinkgeschirren nur auf sein Ansuchen als eine Erweiterung seines Gewerbs-Befugnisses durch die Entschließung der königl. Regierung des Isar-Kreises vom 14. August 1828 gestattet wurde, hiedurch noch keineswegs das Recht zur Führung beschlagener Krüge ausgesprochen und vom Glaser Z. eine gleiche Erweiterung bisher nicht nachgesucht worden ist.

4. Glaser Z. will zwar seine dießfallsige Befugniß noch dadurch begründen, daß der Zinngießer beschlagene Gläser führe und verkaufe; — allein hiezu sind die Zinngießer gemäß der Verordnung vom 1. Decemb. 1786 berechtiget, und wenn auch dieses nicht der Fall wäre, so würde dieser Umstand höchstens eine Veranlassung zur gleichen Beschwerde des Glasers Z. gegen den Zinngießer B. wegen Gewerbs-Beeinträchtigung geben, keineswegs aber das Gewerbs-Recht des Glasers Z. nach Art einer Compensation zu erwerben im Stande seyn.

5. Es erscheint daher die Beschwerde des Zinngießers B. als begründet, und dieses rechtfertiget sonach den Ausspruch der Kosten-Auflage.

Den 2. Januar 1835.

61.

Execution.

Entschließung.

Zur Bezahlung v. Staats-Schulden darf d. Richter nicht

Das königl. Appellationsgericht für den Regen-Kreis empfängt in Sachen des Joseph Heymann aus Sulzbach gegen den kön. Fiscus

wegen Verzugs-Zinsen, den von dem königl. Fiscus anher gerichteten Recurs nebst den eingesendeten Acten mit folgender Weisung, wovon dem königl. Fiscus Abschrift zu ertheilen, zurück.

d. Taxatur-Amt exequiren, sond. er muß hierum die einschlägige Kreisstelle requiriren.

Für eine liquide Schuld, deren Bezahlung dem Staats-Ärare oblag, mochten allerdings Gefälle, die in dieses Ärar zu fließen pflegen, als Executions-Mittel in Vorschlag gebracht werden, zum Mindesten ging die Einrede, daß für die Schuld eines Arbeits-Hauses nur Gefälle in Anspruch genommen werden könnten, die zum königl. Ministerium des Innern gehören, nicht mit solcher Klarheit **ex actis** hervor, daß sie **ex officio** supplirt und das Executions-**Petitum** von kurzer Hand hätte abgewiesen werden müssen.

Das kön. Appellationsgericht überschritt also die Sphäre seiner Befugnisse nicht, indem es das von Haymann gestellte Executions-Gesuch **per mandatum cum clausula** hinausschloß und dem königl. Fiscus Gelegenheit gab, seine Einwendungen **circa modum executionis** anzubringen; es handelte auch nur innerhalb dieser Sphäre, indem es das angedrohte Compelle unterm 17. April zu realisiren beschloß, weil Exequendus binnen des gesetzlichen Termines von 14 Tagen sich **circa modum executionis** nicht geäußert hatte.

Novelle vom 22. Juli 1819 § 31.

Allein es überschritt diese Sphäre, als es sich an das in Geldsachen demselben nicht unmittelbar untergeordnete Taramt statt an die königl. Regierung des Regen-Kreises wendete, der zunächst die Disposition über die Targefälle zusteht, und indem es der gegründeten Vorstellung dieses Amtes ungeachtet auf seinem Beschlusse verharrte, auch der Taxator einen Ausweg anrieth, der völlig ungeeignet und mit dessen Pflichten gegen die Administrativ-Behörde nicht vereinbar war, und endlich, indem es dem königl. Fiscus davon, daß und wie die Execution vollführt werden sollte, keine Nachricht gab.

Da sich übrigens die königl. Regierung auf geeignete Requisition nicht geweigert haben würde, zur Realisirung

des angedrohten Compelle mitzuwirken, so liegt zwar kein Grund vor, die nunmehr vollführte Execution zu widerrufen; indessen wird das königl. Appellationsgericht für künftige Fälle sich vor ähnlichen Übergriffen zu hüten wissen.

München, den 3. August 1821.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

Secr. Fränkl.

62.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Eine v. einem Patrim.-Gerichte vorgenommene Inventarisation ist ungült., wenn es nicht mit Zuziehung eines Actuars, od. zwei Zeugen aufgenommen, oder v. d. Interessenten anerkannt ist.

Erkennen in Sachen des Johann M., Bauers zu K., und Michael R. zu R. gegen Joseph R., Bauers-Sohn allda, Erbschafts-Auseinandersetzung betr., zu Recht, und belassen es, so weit anher revidirt wurde, bei dem Erkenntnisse des königl. Landgerichts G. vom 26. publ. 27. Sept. 1823 mit Vergleichung der Kosten II. und III. Instanz. (Das Landgericht G. erkannte zu Recht), daß das vom gräflich J.'schen Patrimonial-Gerichte T. unterm 6. Mai 1823 vorgenommene Inventarium in Bezug auf die beiden Kläger keine rechtliche Wirkung habe, und daher zur Regulirung und Festsetzung der Erbtheile für Letztere — die Beschreibung der Verlassenschaft und Abschätzung derselben von Seite des hiezu competenten Gerichts, nämlich des königl. Landgerichts G. vorzunehmen sey.

Gründe.

Das Patrimonialgericht T. war zwar zur Vornahme eines Inventariums nach § 75. u. f. des 6. constitutionelen Edictes vom 26. Mai 1818 befugt, weil nicht nur die Erbs-Interessenten die Vornahme eines solchen selbst verlangten, sondern auch die unter denselben obgewälteten Differenzen noch keine Verhandlungen im processualischen Wege waren; und nachdem der Weg der Güte nicht erzielt worden, die Acten zur Behandlung im Rechtswege nach § 8. des alegirten Edictes selbst an das betreffende Landgericht übermachte.

Allein das von demselben aufgenommene Inventar hat nicht die gesetzlichen Erfodernisse eines gerichtlichen, weil es nicht nach cod. jud. cap. 2. § 3. et annot. lit. a. sqq. Verordnung vom 6. Juni 1807 § 2. Reggsbl. S. 1006. Verordnung vom 8. Sept. 1808 § 32. Reggsbl. S. 2254. Verordnung vom 16. August 1812 § 166. Reggsbl. S. 1552. Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 Beilage VI. § 42. und cod. civ. p. III. cap. 1. § 18. Nr. 3. et not. Nr. 7. vom Patrimonial-Richter mit Zuziehung eines Actuärs oder verpflichteten Schreibers, oder in dessen Ermanglung, mit Beiziehung zweier Zeugen als Stellvertreter aufgenommen wurde; die vom Patrimonial-Richter geschehene Beiziehung des Gerichtsdieners und der Schätzleute, dann der Erbs-Interessenten, ersetzt jenen Mangel des Inventars, als eines gerichtlichen Actes nicht. Als bloß außergerichtlicher Act ist endlich dasselbe von den Klägern und Revidenten nicht anerkannt.

Eine ausdrückliche Anerkennung des den gegenwärtigen Erbs-Interessenten bloß vorgelesenen, aber von ihnen nicht ausdrücklich genehmigten, und mit Ausnahme des Jos. R., der Schätzleute und des Patrimonial-Richters von den übrigen Interessenten auch nicht unterschriebenen Inventars liegt nicht vor, und eine stillschweigende Genehmigung kann aus der blossen Gegenwart bei Vornahme des Inventars, und aus der nicht so fortigen Vorbringung von Einwendungen, wozu die erschienenen Erbs-Interessenten nicht aufgefodert

waren, um so weniger gefolgert werden, als durch die Anberaumung einer weitern Tagsfahrt zum abermal. Vergleichsversuche, die Sache noch nicht einmal gänzlich berichtiget war, bei der zweiten Tagsfahrt übrigens ein solcher Vergleich nicht zu Stande kam, der von allen Interessenten in der Folge anerkannt wurde, so wie auch in der dem Inventar vorausgegangenen Bitte um Vornahme eines Inventars noch keine vorläufige Genehmigung desselben in der Art, wie es nachher errichtet ward, lag.

Das vorliegende Inventar kann demnach die Kläger und Revidenten ohne ihre freiwillige Zustimmung rechtlich nicht verbinden, und da bei dem bereits unter den Partheien eingetretenen Rechtswege das Landgericht G. nunmehr auch die competente Stelle zur Vornahme eines neuen Inventars ist, so war hienach auch dessen dispositiver Ausspruch sub Nr. 1. wieder herzustellen.

München, den 26. Mai 1825.

Graf v. Arco, Präsident.

Secr. Fränkl.

63.

— (Vergl. das Erkenntniß Nr. 18. Seite 123. Bd. I.) —

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***-Kreis in der Streitsache des ledigen Bauernburschen Math. H. von L. gegen den Söldner Johann B. von dort, pcto. injuriarum etc., zu Recht und zwar abändernd das Erkenntniß I^mae vom 22. Januar l. J., es sey

I. die Injurie durch die zu Protocoll gegebene Ehren-Declaration als aufgehoben zu betrachten und sohin B. von der von H. gestellten Klage und deren Nachtrage zu entbinden.

II. die Kosten I^mae bis zur Exception incl. habe B. allein zu tragen, die weiters erlaufenen Kosten in I^mae, so wie die Kosten II^dae aber seyen zu compensiren.

Gründe.

Ad I. Das königl. Landgericht D. erachtete die vom Beklagten und Appellanten B. am 4. Januar l. J. auf die Injurien-Klage des H. zu Protocoll gegebene Ehrendeclaration aus dem Grunde als von keiner gesetzlichen Wirkung, weil diese Declaration eine eventuele sey, und erkannte deßwegen bei sonst vorliegendem Widerspruche der Klage auf Beweis der Klags-Asserte von Seite des Klägers. Hiedurch fühlt sich B. gravirt, und bittet in seiner Berufung vom 1/2. März l. J. um Abänderung dieses Erkenntnisses dahin, daß die fragliche Injurie durch die von ihm gesetzmäßig abgegebene Ehrendeclaration gehoben werde, wie es auch der Bestimmung des cod. civ. part. IV. cap. 17. § 14. Nr. 1. conform sey. Daselbst heiße es nämlich: „durch Declaration wird eine Injurie gehoben, wenn sich der Beklagte gleich in der ersten Antwort selbst erklärt, daß ihm die ausgestossenen Scheltworte aus Zorn oder Unbedachtsamkeit entwichen sind;" und alle diese Requisite seyen in seiner am 4. Januar l. J. abgegebenen Ehrenerklärung enthalten, welche nichts weniger als eventuel abgegeben sey.

Die Berufung ist auch gegründet, denn es besteht in Richtigkeit, daß das bayerische Landrecht am angeführten Orte ein solches Vorschreiben macht, und die Acten weisen nach, daß die in diesem Gesetze bemerkten Erfodernisse zur Aufhebung einer Injurie durch Declaration in der vom B. am 4. Januar l. J. zu Protocoll gegebenen Ehrenerklärung enthalten sind.

Der einzige Grund, der hiegegen allenfalls erhoben werden könnte und der das Untergericht auch zu der Bezeichnung als eventuele Declaration wahrscheinlich veranlaßt hat, wäre der, daß B. nicht positiv zugesteht, dergleichen ehrenrührigen Äußerungen wirklich gemacht zu haben, sondern bloß sagt: „sollten mir dergl. Äußerungen entfallen seyn."

Allein dieser Umstand kann den B. der im Gesetze ausgesprochenen Begünstigung um so weniger berauben, als es schon in der Natur der außerdessen ganz bestimmt gefaßten Ehrendeclaration selbst liegt, daß Worte im Zorne oder in der Übereilung ꝛc. ausgesprochen, nicht so genau im Gedächtnisse sich erhalten, als die Worte, die in einem gewohnten Zustande gebraucht werden.

Es mußte sohin der Bitte des Appellanten in dieser Beziehung entsprochen und obiger Ausspruch ad I. erlassen werden, welcher sich auch hinsichtlich des Klags-Nachtrages aus dem Grunde rechtfertigt, weil, wenn die Injurie, wie gezeigt, als aufgehoben erscheint, natürlicher Weise auch von einem Widerrufe oder einer Abbitte nicht mehr die Rede seyn kann, welche das Fortbestehen einer Injurie voraussetzen.

Ad II. Die Declaration in concreto hebt wohl die Injurie, befreit aber den B. nicht vom Ersatze der dem Kläger hiedurch verursachten Kosten, welche hier den B. im Nachgange obenstehenden Erkenntnisses jedoch nur bis zur Exception incl. allein treffen können, die übrigen aber sind, da einerseits dem Kläger eine muthwillige Fortsetzung des Streites nicht zur Last gelegt werden kann, ja derselbe gewissermassen in I^ma ein für sich günstiges Erkenntniß erwirkte, andrerseits aber auch Beklagter in II^da ein obsiegliches Urtheil erhielt, zu compensiren.

Am 10. April 1836.

64.

Über die Injurien-Klagen wegen gerichtl. Denunciation.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht M.

Erkennt in Sachen des Quartiermeisters Joh. C. von hier gegen den Hafnermeister Ambros S. hieselbst pcto. inj. zu Recht:

Kläger habe ꝛc. ꝛc. zu beweisen, daß Beklagter die gegen ihn unterm 8. Mai v. J. bei dem Gendarmen D. gemachte und unterm 15. ejusd. bei der königl. Polizei-Direction wiederholte Denunciation wissentlich falsch gemacht habe. Kosten ꝛc. ꝛc.

Gründe.

Quartiermeister C. klagte den Hafnermeister S. pcto. inj., weil er durch eine von Letzterm am 8. Mai v. J. dem Gendarmen D. gemachte Anzeige, gemäß welcher er mehrerer kleiner Diebstähle beschuldigt wurde, in polizeiliche Untersuchung gezogen, seiner ganzen Nachbarschaft verdächtiget und dadurch öffentlich beschimpft worden sey.

Aus den vom Kläger allegirten polizeilichen Acten geht hervor:

1. Daß ꝛc. S. am 8. Mai v. J. dem Gendarmen D. von der hiesigen Stadtcompagnie erzählte, daß der in seinem Hause wohnende ꝛc. C. ihm mehrere Tafelbretter entwendet und solche zur Anfertigung eines Wägelchens gebraucht, auch muthmaßlich ihm mehrere Garten-Geräthschaften genommen und überdieß viel Bretterholzwerk im Besitze habe, dessen rechtlicher Erwerb zweifelhaft sey;

2. daß auf die Anzeige dieses Gendarmen eine polizeiliche Untersuchung eingeleitet wurde, und S., als damnificat auf Handgelübde vernommen, die Gründe seines gegen C. geschöpften Verdachtes angab;

3. daß jedoch die Untersuchung gegen C. definitiv aufgehoben wurde, indem einerseits der objective Thatbestand einer Entwendung ungewiß, andererseits der Verdacht durch die Vertheidigungs-Behelfe des Angeschuldigten als unbegründet erschien.

Da nun die vorliegende Injurien-Klage aus dieser vor obrigkeitlichen Personen angebrachten Denunciation ihr rechtliches Fundament erhalten soll, so fragt es sich, ob bei der Einrede des Mangels einer injuriösen Absicht dieser animus überhaupt oder unter gewissen Voraussetzungen angenommen werden kann.

Das Gesetz macht es den Unterthanen zur Pflicht, strafbare Handlungen, seyen sie an ihnen selbst oder an andern begangen, bei der Obrigkeit zur Anzeige zu bringen und die Mittel an die Hand zu geben, um dem Thäter auf die Spur zu kommen, und es kann daher bei einer Denunciation an sich ein animus injuriandi nicht präsumirt werden, wenn auch die dabei erhobenen Verdachts-Gründe schwankend und von dem Beschuldigten zu beseitigen waren. — Nur dann, wenn dem Denuncianten nachgewiesen werden kann, daß er eine wissentlich falsche Anzeige gemacht habe, wird dessen animus injur. klar und da Kläger in der Replik auf die Einrede des Beklagten, daß er die in Frage stehende Anzeige seiner Pflicht und seinem Gewissen gemäß ohne die Absicht zu injuriren, gemacht habe, zur Emendation der Klage ausdrücklich behauptet, daß die Denunciation des S. falsch sey, so ist der gegebene Fall hiernach allein zu entscheiden.

Daß jene Denunciation des S. wissentlich falsch geschehen, erhellt aus ihrer Form noch nicht; denn daraus, daß der Diebstahls-Verdacht sich nicht bestärkte, kann mit juridischer Gewißheit auf den dolus des Denuncianten bei mehreren ihm zur Seite stehenden Verdachts-Gründen nicht geschlossen werden.

Wenn aber in der vom Kläger als injuriös bezeichneten Handlung nicht schon der Natur der Sache nach die Existenz des dolus als vorhanden präsumirt werden kann, so hat der Kläger nach cod. civ. P. IV. cap. 17. § 8. Nr. 3. und cod. jud. cap. 9. § 1. bei dem Widerspruche des Beklagten diejenige Thatsache, aus welcher der animus injuriandi des Beklagten hervorgeht, nämlich die wissentlich falsche Eigenschaft der fraglichen Denunciation zu erweisen.

Die Suspension der Entscheidung über die Kosten rechtfertigt sich durch die interlocutorische Eigenschaft dieses Erkenntnisses.

Am 2. Januar 1835.

65.

Im Namen ꝛc.

Wenn Jemand wegen einer gerichtlich. Denunciat. klagen will, so muß er bei d. dießfallsigen Injurien-Klage den animus injur. d. Denunciant. beweisen.

Erkennt der unterfertigte Gerichtshof in der Streitsache des pens. Quartiermeisters und Portiers C. in M. gegen den bürgl. Hafnermeister Ambros S. von dort wegen Injurien zu Recht:

es sey das erstrichterliche Erkenntniß vom 2. Januar l. J. unter Verurtheilung des Appellanten C. in die Kosten II. Instanz lediglich zu bestättigen.

Gründe.

Die Anzeige des Ambros S. vom 15. Mai v. J., nach welcher derselbe den Kläger C. bei der königl. Polizei-Direction einer Bretter-Entwendung verdächtiget, ist auf die Behauptung gegründet, daß er den ganzen Winter hindurch von seinem Holzvorrathe fortwährend einen Abgang von verschiedenen Brettern, namentlich von Tafel-Brettern bemerkt habe, daß er aber dem Thäter nie habe auf die Spur kommen können, bis auf die jüngste Zeit, wo er bei dem C., der allein in jenem Hause wohnt, ein vierrädriges Wägerl entdeckt habe, welches aus seinen Tafel-Brettern verfertigt sey und daß er denselben schon längst deßhalb in Verdacht gehabt habe, weil er sich niemals ein Brennholz kaufte.

Wenn nun schon die hierauf eingeleitete polizeil. Untersuchung gegen C. kein genügsames Resultat zeigte, sondern dieselbe vielmehr definitive aufgehoben worden ist, so hat sich doch so viel bewährt, daß zu dem befraglichen Wägerl Tafelbretter wirklich verwendet worden seyen, und es läßt sich daher auch nicht präsumiren, daß die Anzeige des S. auf boshafter Erdichtung beruhe, wie C. in seiner Klage behauptet.

Da nun nach der Bestimmung cod. civ. P. IV. cap. 17. § 8. Nr. 3. in zweifelhaften Fällen der animus injuriandi von dem, der sich einer Injurie beklagt, bewiesen werden muß, so rechtfertiget sich das erstrichterliche Interlocut um

so mehr, als die Ausdrücke „wissentlich falsch und boshafte Erdichtung“ als identisch erscheinen.

Die Verurtheilung des Appellanten in die Kosten II. Instanz begründet sich ex cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 2., wornach solche dem verlustigten Theile zu überbürden sind.

Es war demnach, wie geschehen, zu erkennen.

Am 21. Juni 1835.

66.

Über Injurien.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht K.

an den ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Ob derjenige, der bloß Behufs der richterlichen Untersuchung eine Denuncia- tion macht, eine Injurie begehe?

Demselben wird in Folge dießgerichtlichen Beschlußes vom heutigen unter Duplicats-Zuschluß der von Ursula B. gegen ihn gestellten Klage vom 22/27. v. M. wegen Injurien hiemit notificirt, daß obige B. mit ihrer Klage auf den Grund der Gerichts-Ordnung § 17. cap. 4. abgewiesen wurde, und zwar aus folgenden Motiven: da es eines jeden Damnificaten Pflicht sey, nicht nur die ihm zugegangene Beschädigung gerichtlich anzuzeigen, sondern auch zugleich alle Verdachts-Gründe anzugeben, um dem Richter die Möglichkeit zu verschaffen, dem Thäter auf die Spur zu kommen; dem Richter es aber nach Art. 320. Th. II. des Straf-Gesetzbuches zustehe, die ihm angezeigten Verdachts-Gründe zu prüfen und zu untersuchen, in wie ferne nach Art. 119 und 251. cit. loc. eine provisorische Verhaftung des Verdächtigen eintreten, und eine Haussuchung vorgenommen werden könne und dürfe, eine solche Verfügung aber nie auf einseitige Behauptung oder gar auf Verlangen eines Damnificaten erlassen werden könne.

Es erscheine daher die kläger'sche Behauptung, daß sie auf ausdrückliches Verlangen des Herrn Beklagten in Untersuchung gezogen, und zu Verhaft gebracht, und bei ihr Haussuchung vorgenommen worden sey, ganz unrichtig, und sohin ihre hierauf gestützte Injurien-Klage vollkommen ungegründet.

Auch die Behauptung, daß Herr Beklagter der unmittelbare, intellectuele Urheber der erlittenen Behandlung der Klägerin sey, erscheine ganz unrichtig, und eben so wenig könne auch der behauptete persönliche Vorhalt für eine Injurie angesehen werden, da hierin offenbar nur der Wille liegen konnte, sich von seinem Verdachte zu überzeugen, wobei aber kein animus injuriandi präsumirt werden könne.

Den 4. März 1836.

67.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt der unterfertigte Gerichtshof in Sachen der Ursula B. in F. gegen Johann G. wegen Injurien auf die von der Klägerin gegen den Beschluß des Kreis- und Stadtgerichts L. vom 4. März h. J. eingewendete Berufung zu Recht:

„daß die Berufung abzuweisen sey, und Klägerin und „Appellantin die hierauf erlaufenen Kosten zu tragen „habe, wovon jedoch die Gerichtskosten wegen Armuth „derselben außer Ansatz zu lassen sind."

Gründe.

Nach den Vorschriften des Straf-Gesetzbuches ist jeder, der von einem begangenen Verbrechen oder von dessen Schuldigen Wissenschaft hat, verpflichtet, seine Wissenschaft der Obrigkeit mitzutheilen, und insbesondere liegt einem Damnificaten die Verbindlichkeit ob, dem Untersuchungs-Gerichte

alle jene Behelfe und Aufklärungen auf's Genaueste mitzutheilen, welche in objectiver und subjectiver Beziehung zur Erreichung des Untersuchungs-Zweckes förderlich und dienlich seyn können.

Einer Injurie in einer lediglich vor dem Untersuchungs-Gerichte gemachten Deposition kann sich hienach nur derjenige schuldig machen, der sich hiebei gegen die Bestimmungen der Art. 288 und 394. Th. I. des Straf-Gesetzbuches verfehlet oder in seinen dießfallsigen Angaben sich solcher Worte und Äußerungen bedienen würde, daß schon an und für sich nicht verkannt werden könnte, daß nicht die Erreichung des Untersuchungs-Zweckes, sondern lediglich Beschimpfung und Schmähung eines von ihm hier bezeichneten Individuums die Hauptintention desselben gewesen ist.

Daß der Beklagte in seiner den betreffenden General-Untersuchungs-Acten des königl. Landgerichts F. beiliegenden eidlichen Vernehmung vom 24. Sept. v. J. und den dort von ihm gemachten Depositionen sich gegen die Art. 288 und 394. Th. I. des Straf-Gesetzbuches verfehlt hätte, ist klägerischerseits gar nicht behauptet, und wäre auch eine solche Behauptung durch den weitern Inhalt dieser Acten und den denselben beiliegenden Beschluß des Criminalgerichts vom 6. November v. J. jedenfalls schon zur Genüge widerlegt.

Dennoch aber will die Klägerin auf den Grund des allegirten Vernehmungs-Protocolles und der besagten General-Untersuchungs-Acten gegen Johann G. eine Injurien-Klage geltend machen, weil er in besagter Vernehmung zu Protocoll erklärt habe, daß er dringenden Verdacht auf sie habe, und sie ein leichtsinniges Weib sey, und nicht den beßten Leumund habe, weil er sogar speciel gebeten, gegen sie die Untersuchung einzuleiten, und die Visitation ihrer Wohnung vorzunehmen, und weil, wenn er auch gerade keine solchen Handlungen vorgenommen, bei denen der animus injuriandi Haupt-Zweck sey, — er doch sie in Prostitution und Schande dadurch gebracht habe, daß er die Verdachts-Gründe dem Untersuchungs-Richter so lebhaft vorzustellen gewußt, daß dieser sie in Verhaft setzen ließ und in den Stand der An-

schuldigung versetzt habe, — er sie sonach jedenfalls mindestens indirecte injurirt habe.

Zur Begehrung einer Injurie ist aber nach den Bestimmungen unseres Land-Rechtes die Absicht oder Intention, Jemanden beschimpfen zu wollen, wesentlich nothwendig. Diese Intention, dieser animus injuriandi kann zwar ein directer oder indirecter seyn, je nachdem dabei die Beschimpfung der Hauptzweck, oder nur, von dem, was Jemand gethan, nothwenidge Folge gewesen, — allein ohne einer solchen gesetzlichen Vorbedingung ist zu einer Injurien-Klage keine rechtliche Veranlassung gegeben.

Der Beklagte hat bei seiner am 24. Sept. v. J. vom Untersuchungs-Richter gepflogenen eidlichen Vernehmung nur einer allgemeinen Pflicht Folge geleistet, und dem Untersuchungs-Richter Behufs der Fortführung der bereits eingeleiteten General-Untersuchung nur jene factischen Momente namhaft gemacht und bezeichnet, welche zur Ausmittlung des Thäters hatten sachdienlich seyn können, und zunächst füglich gegen die nunmehrige Klägerin zeugten.

Daß er dabei seinen Verdacht vor dem Untersuchungs-Richter dringend genannt, daß er die Klägerin demselben als leichtsinnig und nicht im beßten Rufe stehend bezeichnet hat, kann, da diese Mittheilung nur dem Untersuchungs-Richter zum Untersuchungs-Zwecke geschah, aus animo injuriandi geschehen, durchaus nicht angenommen werden.

Daß er dabei geradezu und directe die Einleitung einer Untersuchung gegen die Klägerin, dann die Visitation der Wohnung der letztern verlangt hätte, bestättigt der Wortlaut des oben allegirten Protocolles nicht, würde aber jedenfalls eben so wenig als die stattgehabte Verhaftung und Haussuchung eine Injurien-Klage gegen den nunmehrigen Beklagten begründen können, weil die dießfallsigen Einschreitungen und Verfügungen des Untersuchungs-Richters keine solchen sind, welche als unmittelbare und nothwendige Folge der Deposition des Beklagten erachtet werden können; da ja die Vornahme solcher gerichtlicher Acten nicht von den Anträgen der Betheiligten oder Zeugen abhängig ist, sondern der Unter-

suchungs-Richter von Amtswegen hiebei alle Umstände sorgfältig zu ermessen, und von Amtswegen weiter zu verfügen und einzuschreiten hat, sohin die Verhaftung der Klägerin und die angestellte Haussuchung, falls sie auch wirklich dadurch in unverdiente Schande und Prostitution versetzt worden seyn sollte, nicht dem Beklagten zur Last gelegt werden konnte, weil diese Schande und Prostitution nicht als Folge der Deposition des Beklagten, — sondern als die Folge der vom Untersuchungs-Richter angeordneten Verhaftung und Haussuchung sich darstellen würde, — und sonach auch nicht einmal eine Injurie, wie sie von der Klägerin als eine indirecte bezeichnet werden will, angenommen werden kann.

Es stellt sich demnach die vorliegende Injurien-Klage, welche lediglich auf die oben bezeichneten General-Untersuchungs-Acten und die denselben beiliegende zu einer Vernehmung des Beklagten vom 24. Sept. v. J. begründet werden will, in jeder Beziehung als unstatthaft und unzulässig dar, — daher, wie geschehen, erkannt werden mußte.

Am 15. Juni 1836.

Königl. Appellationsgericht für den ***Kreis.

68.

Über den Beweis der Wahrheit eines injuriösen Vorwurfes.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Derselbe ist nothwendig erfoderlich, um d. animum defendendi zu erproben.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***Kreis in Sachen des Forstgehülfen Xaver B. zu W. gegen den Bauern Jos. R. zu E. wegen Injurien zu Recht und be-

stättigt das Erkenntniß des königl. Landgerichts B. vom 3. Juni l. J., verkündigt 18. ejusd. in Haupt- und Nebensache in der Art:

daß Beklagter lediglich zu beweisen haben soll, daß Kläger wegen des angeblichen Waldfrevels zu ihm gesagt habe, er solle ihm (Kläger) einen halben Kronenthaler geben, dann lasse er (Kläger) es hingehen.

Die Berufungs-Kosten werden verglichen.

Gründe.

1. Der Beklagte und Appellant will von dem ihm auferlegten Beweise befreit und von der Klage losgesprochen werden, weil er die fragliche, der Ehre des Klägers nachtheilige Behauptung nur vertheidigungsweise, sohin ohne Absicht zu beleidigen vorgebracht habe.

2. Es ist allerdings vom Kläger zugestanden, daß der Beklagte die fragliche Behauptung aus Veranlassung einer gegen ihn gemachten Anzeige wegen begangenen Forstfrevels, und da er deßhalb obrigkeitlich zur Verantwortung gezogen worden war, vorbrachte.

Allein dieser Umstand allein befreit den Beklagten noch nicht von dem Beweise der Wahrheit des gemachten Vorwurfes.

Die Anmerk. zum Land-Rechte Th. IV. cap. 17. § 4. Nr. 1. (Nr. 5. lit. c.) enthalten diesen Satz ausdrücklich. Er liegt aber auch im Sinne des Textes des Gesetzes, weil, wenn die Wahrheit des Vorwurfes nicht dargethan werden kann, auch nicht glaubwürdig ist, daß derselbe wirklich nur in der Absicht, sich zu vertheidigen, vorgebracht wurde, und der Vorwand der Rechts-Vertheidigung beliebig zu Schmähungen benützt werden könnte, wenn die Parthei nicht zum Beweise der von ihr ausgegangenen Inzicht angehalten würde.

3. Indessen ist der Beklagte nicht verbunden, den in das erstrichterliche Interlocut aufgenommenen Umstand zu erweisen, daß Kläger zum Hüter K. gesagt, er hätte es wegen

der Streu mit dem Beklagten im Guten ausgemacht, dieser aber sich nicht berichtigen lassen, da hievon die Entscheidung der Sache nicht abhängt, und weil hierin nur ein außergerichtliches Geständniß des Klägers, sohin ein Beweismittel enthalten wäre, in Ansehung dessen dem Beklagten überlassen bleiben muß, sich desselben zu bedienen oder nicht.

4. Die Entscheidung über die Kosten I. Instanz muß bis zum Endurtheil ausgesetzt bleiben; die Berufungs-Kosten werden verglichen, weil das erstrichterliche Urtheil modificirt wurde.

A. den 28. September 1831.

69.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***-Kreis in Sachen J. M., Schuster-Geselle, und Ursula W., Kellnerin zu Sch., gegen Joseph H., Bräuknecht dortselbst, wegen Injurien unter Abänderung des erstrichterlichen vom königl. Landgerichte Sch. unterm 5. Jänner l. J. in Sachen erlassenen Erkenntnisses zu Recht:

Beklagter Joseph H. habe innerhalb 30 Tagen peremtorischer Frist zu erweisen, daß er den Jacob M. und die Ursula W. um Mitternacht auf der Treppe im Hause des Posthalters zu Sch. in einer sehr verdächtigen, d. i. geschlechtsvertraulichen Stellung angetroffen, und daß sich Jacob M. mit der Bitte an ihn gewendet habe, er möchte die Sache verschweigen, wogegen Ursula W. ihm, wenn er Bier hole, desto besser einschenken würde.

Die Kosten der ersten Instanz sind bis zum Erlasse des Definitiv-Erkenntnisses ausgesetzt zu lassen, die der zweiten zu compensiren.

Entscheidungs-Gründe.

Jacob M. und Ursula W. traten zuvörderst deßwegen gegen Joseph H. mit einer Injurien-Klage auf, weil H. seinen Mitdienstboten erzählte, daß er den Jacob M. und die Ursula W. um Mitternacht in einer sehr verdächtigen Stellung im Hausfletze getroffen, und diese beiden ein heimliches Liebes-Verhältniß unterhielten. Beklagter behauptet dagegen, daß er wirklich die Kläger vor einigen Wochen um Mitternacht in einer sehr verdächtigen Stellung auf der Treppe getroffen, so wie daß ihn Jacob M. gebeten habe, er möchte diese Sache verschweigen, wogegen die Ursula W. ihm desto besser einschenken wolle, und gesteht zu, daß er dieses Betreten der Kläger gleich dem Hausknechte erzählt und später auch dem Bräuknechte mitgetheilt habe, durch welchen es zu den Ohren des Dienstherrn gekommen sey, widerspricht aber das Vorhandenseyn einer Injurie. Wirklich kömmt auch in den Acten nicht vor, daß Beklagter die angebliche Wahrnehmung mit Schimpfworten oder zum Vorwurfe der Kläger ausgesprengt habe, sondern von klägerischer Seite wird selbst nur angegeben, daß H. dieses Gerücht unter seinen Mitdienstboten ausgebreitet habe.

Von einer Injurie durch Schimpf- oder Schmähworte ist also hier nach dem Klagsvorbringen selbst keine Rede.

Hat aber Beklagter bloß erzählt, was er mit eigenen Augen gesehen haben will, ohne sich hiebei Vorwürfe oder Schmähworte zu Schulden kommen zu lassen, so frägt es sich lediglich, ob sein Vorgeben in Wahrheit gegründet war; denn es ist gesetzlich Niemanden untersagt, Wahrnehmungen, welche er mit seinen eigenen Sinnen gemacht, mitzutheilen, und so kann auch Niemand angehalten werden, eine wahrgenommene unmoralische oder unsittliche Handlung eines Andern zu verschweigen, in so ferne er sich bei deren Erzählung verbotener Vorwürfe und Schimpfworte enthält, widrigenfalls es offenbar ist, daß diese Mittheilung einer wahrgenommenen Handlung nicht so fast wegen der Erzählung geschehen sey, sondern um den dritten zu beleidigen oder zu

beschimpfen. Da nun, wie bereits angeführt ist, nicht vorkommt, daß Beklagter sich bei Erzählung der von ihm gemachten Wahrnehmung Vorwürfe oder Schimpfworte erlaubt habe, so wird er schuldlos seyn, wenn seine Vorgabe in Wahrheit gegründet ist, und da Kläger widersprochen haben, daß sie in der angegebenen Weise von Beklagten getroffen worden seyen, so war dem Beklagten lediglich der Beweis der Wahrheit seiner Erzählung, wie geschehen, aufzulegen.

In der angeblichen Behauptung, daß Ursula W. mehrmals in der Nacht sich aus ihrer Schlafkammer entfernt haben solle, liegt bei ihrer Unbestimmtheit hinsichtlich des Zweckes dieser Entfernung keine Injurie, daher es keiner Beweis-Auflage dießfalls bedarf.

Die Kosten der ersten Instanz bleiben nach Vorschrift der Gerichts-Ordnung cap. 17. § 4. bis zum Erlasse des Definitiv-Erkenntnisses ausgesetzt, die der zweiten wurden bei der Verschiedenheit der vorliegenden Erkenntnisse compensirt.

Den 19. April 1836.

70.

Über Leibrecht und Consens-Ertheilung.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Wenn auf ein leibrechtiges Gut eine Frau sich schon bei ihrer Verehel. ganzen Leib erworben hatte, so braucht sie, wen sie Wittwe geworden, und sich

Beschließt das ꝛc. von Oberrichteramtswegen auf die Beschwerde der gräflich von L.'schen Guts-Verwaltung Sch. gegen das königl. Landgericht G., die gerichtliche Protocollirung und Genehmigung der nachgenannten zwei Verträge ohne grundherrlichen Consens betreffend:

I. daß zu den Vaterguts-Verträgen der Wittwe Susanna H. vom Juni 1827, und der Wittwe Katharina L. vom 3. Juli 1833, so wie sie dermal gerichtlich abgeschlossen vorliegen, kein grundherrlicher Consens erfoderlich sey.

mit ihren Kind. in der Art verträgt, daß ihr d. Anwesen bleibt, hiezu keinen grundherrl. Consens.

II. daß dagegen auf den Grund eben dieser so geschlossenen Verträge kein Eintrag der stipulirten Vatergüter in das Hyp.-Buch auf die leibrechtsbaren Güter der genannten Wittween statt finden könne.

Will sie aber zugl. ihren Kindern das Vatergut hypothekarisch versichern, so bedarf sie hiezu des grundherrl. Consenses.

Gründe.

Ad I. a) Nach beiderseitigem Anerkenntnisse sind das Glasmannhäusl der Wittwe H. sowohl, als die Prügelfölden der Wittwe L. zur Gutsherrschaft Sch. leibrechtsweise grundbar.

b) Nach Land-Recht Th. IV. cap. 7. § 12 und 29. ist zu jeder Veräußerung des Dominii utilis der grundherrl. Consens erfoderlich, und hiemit stimmen auch die vorliegenden bezüglichen Leibrechts-Briefe überein; hieraus folgt per indirectum von selbst, daß der grundherrliche Consens nicht erfoderlich sey zu Handlungen des Grundholden, welche keine Veräußerung in sich tragen, und es kömmt nun in concreto darauf an, nachzuweisen, daß letzteres hinsichtlich der in Frage stehenden Vater-Guts-Verträge wirklich der Fall sey.

c) Nach eigenem Zugeben der Guts-Verwaltung Sch. in ihrer Erinnerung vom 10. Juli 1829 hatten beide Wittween schon bei ihrem frühern Anwesens-Antritte jede für sich einen ganzen Leib erworben, und mit ihren Ehemännern, deren jeder ebenfalls einen ganzen Leib besaß, die in Frage stehenden leibrechtbaren Güter *in solidum* besessen, so wie in dortiger Gegend überhaupt nicht herkömmlich ist, halbe Leibrechte zu ertheilen oder zu verlangen.

Wenn nun jede Wittwe schon von jeher ganzes Leibrecht und solidarischen Besitz hatte, so erlosch zwar durch den Tod

der respectiven Ehemänner das Leibrecht der letztern, aber dadurch ergab sich keine Veränderung an den ganzen Leibs-Gerechtigkeiten der Wittween, kraft welchen sie jetzt wie vor die nutzbaren Eigenthümer der ganzen Leibrechts-Güter waren und blieben.

Durch den Tod der Ehemänner trat für sie nur die Verbindlichkeit ein, den Kindern das Vatergut auszuweisen, nicht aber die Hälfte des Gutes als erledigt wieder durch Vertrag an sich zu bringen, weil nach dem Inhalte ihres Leibrechts-Briefes das ganze Leibrecht nicht erlediget war. Eben darin liegt der Sinn und der Zweck des doppelten ganzen Leibrechtes, zu verhüten, daß durch das Erlöschen des einen kein theilweiser Rückfall eintrete, wie die Guts-Verwaltung Sch. in ihrer erwähnten Erklärung selbst anführt.

Wenn des bestehenden doppelten Leibrechts ungeachtet mit dem Tode des einen Leibrechters die eine Guts-Hälfte heimfällig würde, worin läge der Unterschied zwischen dem ganzen und halben Leibrechte? Nur wenn jeder Ehetheil bloß halben Leib hat, und einer derselben stirbt, tritt die Erledigung seiner Guts-Hälfte ein, und muß diese vom überlebenden Ehetheile, oder wem immer neu erworben werden.

Nach eben diesem Sinne verhüten die Interessenten nach Umständen den Heimfall durch Ankauf eines offenen Leibes; oder soll etwa nach der Ansicht der Guts-Verwaltung Sch. auch diese Vorsorge nicht verhindern, daß nach dem Tode des ältern Leibträgers die Guts-Hälfte als heimfällig zu betrachten sey?

Wenn hienach durch den Tod der respectiven Ehemänner sich an den Besitz- und Eigenthums-Rechten der Wittween keine Veränderung ergab, und sie nicht erst durch den Vertrag mit ihren Kindern, sondern kraft ihrer vollen Leibrechte in dem ausschließenden Besitze der Leib-Recht-Güter blieben, so ergibt sich von selbst, daß jener Vertrag keine Besitz-Übertragung, keine Veräußerung involvirte, daß also eben darum hiezu kein grundherrl.

Consens erfoderlich war, weil hinsichtlich des grundbaren Objectes keine durch denselben bedingte Veränderung vorging.

d) Wenn die Wittween durch Vaterguts-Verträge Schulden übernommen, und den Kindern Vatergüter aussetzten, so tangirt dieses die Grundherrschaft wieder nicht, und ihr Interesse wäre dabei nur dann afficirt, wenn diese Schulden und diese Vatergüter auf die leibrechtsbaren Güter versichert werden wollten; allein letzteres ist in den vorliegenden Vaterguts-Verträgen vom 20. Juni und 3. Juli 1827 nicht geschehen, da beide Verträge nichts von einer Hypothek-Bestellung auf die leibrechtbaren Güter enthalten.

Ohne diese Voraussetzung hat sich die Gutsherrschaft um derlei Verträge nicht zu bekümmern, Ld.-R. Th. IV. cap. 7. § 8., da die Auszeigung des Vater- und Mutter-Guts lediglich eine persönliche Verbindlichkeit des überlebenden Ehetheiles ist, welche er auch vollziehen kann, ohne dadurch das gutsherrliche Interesse zu berühren; z. B. durch Baarerlage, Anweisung von Activ-Capitalien, Hypotheken-Bestellung auf andern, als den leibrechtsbaren Gütern, oder durch gänzliche Umgehung der Versicherung durch Hypothek.

e) Zwar kömmt in dem Leibrechts-Briefe der H.'schen Eheleute vom 16. Nov. 1817 und im Leibrechts-Briefe des Joseph H. vom 10. Nov. 1821 vor, daß wenn ein Leibrecht durch Tod erlösche, entweder binnen Jahr und Tag ein neues Leibrecht gekauft, oder ein jährliches Willen-Geld zu 45 kr. entrichtet werden müsse, und im Leibrechts-Briefe des Michael L. vom 25. September 1802 kömmt sogar vor, daß jedes der beiden Eheleute nur zur Hälfte, oder pro diviso Gerechtigkeit besitze, folglich auf Ableben eines Theiles seine Hälfte der Gutsherrschaft heimfalle; allein die H.'schen, resp. Harsch.'schen Leibrechts-Briefe enthalten jenes Inhalts wegen nicht, daß jeder Ehetheil nur halben Leib besitze; sie enthalten vielmehr ausdrücklich, daß doppeltes Leibrecht gekauft wurde, und bestimmen nur weiter, daß auf eintretendes Ableben eines Ehetheiles binnen Jahr und Tag wieder ein zweiter Leib erworben, oder Willen-Geld bezahlt werden müsse; eine

Bestimmung, die sichtbar nur theils das Interesse des Guts-Herrn durch Erlangung eines neuen Leibgeldes, theils die Vorsorge für den Hintersassen selbst enthält, durch frühzeitige Erwerbung eines neuen zweiten Leibes die Heimfalls-Gefahr abzuwenden.

Mit dieser Auslegung steht die Erklärung der Gutsherrschaft Sch. selbst vom 10. Juli 1829, daß die Wittwe H. von jeher ganzes Leibrecht und in solidum besessen habe, im vollen Einklange.

Der Leibrechts-Brief des Michael L. vom 25. Septemb. 1802 erscheint darum unerheblich, weil er nur die Leib-Rechts-Ertheilung an ihn enthält, und eben darum die ältere Leibs-Gerechtigkeit seines Eheweibes, welche dieses schon am 30. April 1802 für sich erworben hat, nicht benachtheiligen konnte; aus dieser Urkunde würde daher jedenfalls nur hervorgehen, daß L. nur halbes Leibrecht erworben habe, daher, wenn sein Eheweib zuerst gestorben wäre, die zweite Guts-Hälfte heimfällig geworden wäre.

Da jedoch der umgekehrte Fall eintrat, so verblieb der Wittwe kraft des ihr vor ihrem Manne verliehenen ganzen Leibrechtes das Eigenthum des Gutes ungeschmälert, und zwar um so gewisser, als die eigene Erklärung der Guts-Verwaltung vom 10. Juli 1829 dieses ihr volles Leibrecht in solidum ausdrücklich anerkannte.

Ad II. a) Die mehrerwähnten Vaterguts-Verträge enthalten keine ausdrückliche Hypotheken-Bestellung für die stipulirten Vatergüter; es ist also klar, daß von einem privatwilligen Titel zur Hypothek keine Rede seyn könne, und daher entsteht die weitere Frage, ob für diese Vatergüter ein gesetzlicher Titel zur Hypothek auf den leibrechtbaren Gütern der fraglichen Wittween gegeben sey?

b) Das Hypotheken-Gesetz bestimmt zwar im § 7., daß der grundherrliche Consens bei jenen Hypotheken nicht erfodert werde, zu deren Erwerbung der Gläubiger unmittelbar kraft des bemerkten Gesetzes berechtiget ist, und der § 12. Nr. 7. räumet den Kindern wegen desjenigen, was sie als

Vater- oder Mutter-Gut, oder sonst erworbenes Vermögen, oder als voraus bei Einkindschaften zu fodern haben, auf den Immobilien ihrer Ältern einen gesetzlichen Titel zur Hypothek ein; allein diese Bestimmung hat unverkennbar nur Bezug auf erbrechtbare, oder diesen ähnliche Güter, kann aber auf leibrechtbare Objecte nicht bezogen werden; denn nach § 3. des nämlichen Gesetzes kann nur auf solchen unbeweglichen Gütern, welche mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen, Hypothek bestellt werden.

Daß leibrechtbare Güter nicht in diese Cathegorie gehören, kann nicht zweifelhaft seyn, da eben die Heimfälligkeit des Gutes mit dem Tode des Leibrechters das specifische Merkmal des Leibrechts ist.

Wenn hienach Leibrecht-Güter schon dem Gesetze nach in der Regel nicht Gegenstand einer Hypothek seyn können, so versteht sich wohl von selbst, daß auch der gesetzliche Rechts-Titel zur Hypothek, welche einigen Foderungen im § 12. eingeräumt ist, auf dieselbe nicht bezogen werden könne.

Diese Legitimation ist auch vollkommen im Geiste des ganzen Hypothek-Instituts begründet, das zum Zwecke hat, dem Gläubiger die möglichst größte Sicherheit seiner Foderung zu gewähren; welche Sicherheit aber gibt der in Folge eines gesetzlichen Rechts-Titels auf ein leibrechtbares Gut gemachte Eintrag einer Foderung, da der Tod des Leibrechts-Besitzers jeden Tag erfolgen kann, womit nach dem Rechts-Satze: „resoluto jure dantis resolvitur etiam jus accipientis“ — auch die ohne Wissen und Willen des Grundherrn eingetragenen Hypotheken von selbst wieder erlöschen müßten?

c) Sicher unter diesem Gesichtspuncte hat das Hypothek-Gesetz im § 3. Abschn. 2. weiter verordnet, daß wegen der Hypothek auf leibrechtbaren, oder sonst nach dem Tode des Besitzers heimfälligen Gütern es bei den bestehenden Gesetzen, Gewohnheiten und Verträgen sein Bewenden habe, und hiedurch wiederholt ausgesprochen, daß die Bestimmungen des § 7 und 12. des Hypotheken-Gesetzes auf leibrechtbare Güter nicht anzuwenden seyen.

d) Geht man nun auf die über die Hypotheken-Verhältnisse bei leibrechtbaren Gütern noch anwendbaren ältern gesetzlichen Bestimmungen zurück, so ist nach Ld.-Recht Th. IV. cap. 7. § 12 et 29. außer Zweifel, daß auf leibrechtbaren Gütern keine Hypothek ohne grundherrlichen Consens constituirt werden könne; zwar kömmt in den Anmerkungen zum Ld.-Recht Th. IV. cap. 7. § 29. Nr. 9. vor, daß ein grundherrlicher Consens zur Hypothek nicht erfoderlich sey, welcher wenigstens eine stillschweigende und gesetzliche Hypothek zur Seite stehet, und da die Gerichts-Ordnung cap. 20. § 10. Nr. 4. den Kindern hinsichtlich ihres Mutter-Guts wirklich eine stillschweigende Hypothek auf das Vermögen des Vaters einräumt, so schloß Staatsrath v. Gönner in seinem Commentar zum Hypotheken-Gesetze zu § 7., daß die Bestimmungen des Hypotheken-Gesetzes § 7 und 12. Nr. 7. auch auf leibrechtbare Güter Anwendung finden; allein dieser Meinung steht offenbar die Novelle vom 24. Mai 1775 — M. G. S. vom Jahre 1784 (Bd. I.) S. 88. entgegen, wo die Bestimmung des Land-Rechts Th. IV. cap. 7. § 29. Nr. 9. ausdrücklich dahin erläutert und limitirt wurde, daß ein leibrechtbares Gut durchaus nicht weiter hafte, als

1. um die ausdrücklich consentirten Hypothek-Schulden,
2. um jene Foderungen, welche versio in rem ausweisen können,
3. um die rückständigen Steuern und andere landesherrliche Abgaben;

und somit ist es klar, daß auf leibrechtbare Güter keine Hypothek ohne ausdrücklich grundherrlichen Consens möglich sey.

e) Da nun in den hier in Frage stehenden zwei Vater-Guts-Verträgen keine Hypothek mit ausdrücklich grundherrlichem Consens errichtet wurde, der gesetzliche Rechts-Titel zur Hypothek aber auf leibrechtbare Güter nicht anwendbar ist, so ergibt sich die nothwendige Folge, daß die durch jene Verträge stipulirten Vater-Güter auf den Leibrecht-Gütern der benannten Wittwen nicht eingetragen werden können, es ergibt sich, daß, wenn diese Hypotheken aufrecht gemacht

werden sollen, hiezu die grundherrlichen Consense erholt werden müssen.

Aus allen diesen Erwägungen mußte erkannt werden, wie geschehen ist.

Am 4. September 1829.

71.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Wenn ein Austrägler d. Wohnungs-Recht in einem Hause hat, und er verehelichet sich nachher, so kann ihm die Frau nicht ausgeschafft, oder er mit selber das Haus zu verlassen nicht unter dem Vorwande angehalten werden, daß nur er für seine Person das Wohnungs-Recht habe.

Erkennt das ꝛc. in der Streitsache des Joseph F., Bauers zu R., wider Paul G., Austrägler von dort, wegen Wohnungs-Recht auf Berufung des Letztern abändernd zu Recht, daß der Beklagte von der Klage zu entbinden sey. —

Gründe.

Johann T. hat gegen seinen Stiefbruder Paul G. die negatorische Klage dahin gestellt, daß diesem das Recht nicht zustehe, die ihm nach dem Übergabs- und Austrags-Vertrage vom 26. Jan. 1813 in seinem — des Klägers Wohnungs-Hause gebührende Wohnung mit seinem erst unlängst erworbenen Eheweibe zu theilen; er verlangt daher, daß entweder dieses allein aus dem Hause entfernt werde, oder daß Paul G. selbst mit demselben sich fortzugeben habe.

Diese civilrechtliche Klage stellt sich als unbegründet dar; denn

a) Die erste Alternative der Klags-Bitte ist schon darum unpassend und unstatthaft, weil Maria K. unbestritten mit Paul G. rechtsgültig verehelichet ist, wonach dieselbe das Recht und die Pflicht hat, mit ihrem Ehemanne ehelich zusammenzuwohnen, und ohne die gesetzlich hier gegebenen Vorbedingungen des Land-Rechts Th. I. cap. 6. § 40. sich

gar nicht von ihm trennen darf, also auch vom Gerichte, ohne geradezu wider das Gesetz zu stossen, nicht von ihm getrennt werden kann.

b) Auch die zweite Alternative der Klagsbitte kann nicht Eingang finden, weil dem Paul G. das vom Gegner selbst nicht bestrittene Recht zusteht, lebenslänglich im Nebenhause des Letztern zu wohnen.

Kraft dieses ihm gebührenden Rechtes ist er auch befugt, die fragliche Wohnung mit seinem Eheweibe zu theilen; denn fragliches Wohnungs-Recht ist zwar so weit ein persönliches, als es sich nicht über die Lebensdauer des G. erstrecket, allein keineswegs ein jus personalissimum in der Art, daß es lediglich auf seine individuele Person zu beziehen sey; nach Land-Recht Th. II. cap. 9. § 11 und 12. und den Anmerkungen erstreckt sich vielmehr das Wohnungs-Recht nicht bloß auf die Person des Berechtigten, sondern auch auf alle die Seinigen, worunter gewiß vor allen das Eheweib gehört, ungeachtet sich seine Familie erst post constitutam habitationem vermehrt hat.

c) Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß beim Abschlusse der Übergabs- und Abnährungs-Verträge vom 26. Januar 1813 die Contrahenten die Erklärung des Paul G. im Auge gehabt haben mögen, daß er zu schweren Arbeiten unfähig und auch zum Heirathen untauglich sey; allein die genannten Verträge enthalten gleichwohl kein Verbot der Verehelichung oder keine Bestimmung dahin, daß Paul G. im Falle seiner gleichwohl eintretenden Verheirathung des Wohnungs-Rechtes im Nahrungs-Hause verlustig seyn soll.

Letzteres behauptet Johann T. selbst nicht, indem er vielmehr anerkennt, daß dem Paul G. für sich auch jetzt noch — nach seiner Verehelichung — das fragliche Wohnungs-Recht zustehe; es kann also auch von keiner Auslegung der genannten Verträge im letztern Sinne und zu Gunsten des T. die Rede seyn.

d) Indem Paul G. sich nach seinem eigenen Zugeben in die Herberge nach R. verehelichte, hat er zwar nach § 1. Nr. 3. und § 2. des Heimaths-Gesetzes vom 11. Sept. 1825

seine ursprüngliche Heimath in der Gemeinde A. verloren, und dagegen jene in der Gemeinde K. erworben. Allein dadurch erwarb er zwar das Recht, in letzterer Gemeinde zu wohnen, aber nicht die Verbindlichkeit hiezu, vielmehr kann er nach §. 6. des erwähnten Gesetzes auch ferner in der Gemeinde A. wohnen, und seine ihm daselbst unbestritten zustehenden Privatrechte auf Nahrung und Wohnung ausüben.

e) Daß endlich Paul G. sich ohne Consens des königl. Landgerichts P. verehelichet habe, erscheint unerheblich, da er nicht in eine Gemeinde dieses Polizei-Bezirkes, sondern in eine des kön. Landgerichts V. sich verehelichte, von dem laut Ehe-Vertrag die polizeiliche Bewilligung ertheilt wurde.

Eben so unerheblich ist, daß G. sich ohne Wissen und Einwilligung des Johann T. verehelichet habe, da diesem laut den erwähnten Verträgen kein Einspruchs-Recht dagegen zustand, und ihm durch die fragliche Verehelichung keine größere Verbindlichkeit, als er bisher hatte, zugegangen ist.

Unter diesen Verhältnissen ꝛc. ꝛc.

N. am 22. Juli 1834.

72.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Kann ein Anwesens-Besitzer um eine vor seiner Uebernahme v. Vater contrahirte, im Uebergabs-Briefe aber nicht enthaltene Schuld belangt werden?

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***Kreis in Sachen des Math. E. zu U. und Joseph S., als Vormund der Jos. S.'schen Kinder zu U., gegen Georg A. jun. wegen eines Heirathguts-Restes von 250 fl. auf ergriffene Berufung des Beklagten reform. sent. I. zu Recht, daß Georg A. von der gegen ihn am 14. April d. J. gestellten Klage zu entbinden sey,

und Math. E, dann Joseph S. mit solcher, wenn sie selbe fortzusetzen, vielmehr zu erneuern, und mit selber auszulangen gedenken, an den Georg A. sen. hingewiesen werden.

Compens. exp. I^mae et II^dae.

Am 7. December 1826.

73.

Seine königliche Majestät.

Bestättigten vorstehendes Erkenntniß unter Verurtheilung des klagenden Theiles in die Kosten III^tiae aus folgenden

Gründen.

In den zur Entscheidung vorgelegten Acten befinden sich mehrere Documente, welche aber nicht von den Parteien producirt, sondern nur von Amtswegen dazu registrirt, den Theilen aber in diesem Verfahren nicht vorgelegt wurden; auf dieselben konnte also bei Fassung des Erkenntnisses keine Rücksicht genommen, sondern es mußte die Sache nur nach dem Inhalte der von den Parteien gepflogenen Verhandlungen entschieden werden.

Die Klage gründet sich auf einen Vertrag, welchen die verstorbene Anna E., geb. A. unter Beistand ihres Vaters Georg A. sen. mit dem gleichfalls verstorbenen S. abgeschlossen hat.

Die Klage wird indessen gegen Georg A. jun. gestellt, welcher jenen Vertrag nicht mit abschloß; auch wird in der Klage nicht gesagt, worauf das Klagerecht gegen A. jun. beruhen soll; erst in der Replik kömmt erläuternd vor, der eingeklagte Heirathguts-Rest hafte auf des Beklagten Anwesen, welches dieser in der Zwischenzeit von seinem Vater kaufsweise übernommen hatte.

Hienach wird der Beklagte als successor titulo singulari seines Vaters in Anspruch genommen.

Wenn der klagende Theil behauptet, der gefoderte Rest hafte auf des Beklagten Anwesen, so kann er, da Georg A. den Heirathguts-Vertrag persönlich nicht abgeschlossen hat, nur einen der beiden Fälle verstanden haben, entweder, daß der Beklagte den eingeklagten Rest bei der Anwesens-Übergabe vertragsweise mitübernommen habe, oder daß er als eine hypothekarische Schuld realiter auf demselben laste.

Eine ausdrücklich vertragsmäßige Übernahme hätte bestimmt behauptet werden müssen, denn Thatsachen und Verträge können nicht vermuthet werden; es kann also eine solche vertragsmäßige Übernahme der Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden.

In so ferne aber klagender Theil eine Hypothek-Klage gestellt haben will, so mußte die Hypothek entweder eine ausdrücklich constituirte, oder eine stillschweigende seyn; eine ausdrückliche ward gleichfalls nicht behauptet, und die Behauptung einer bestehenden stillschweigenden Hypothek hat kein Gesetz für sich. Den Eheweibern war nach den Gesetzen, welche in dieser Beziehung bis zum 1. Juni 1826 bestanden, zwar eine gesetzliche Hypothek auf das Vermögen ihrer Ehemänner rücksichtlich ihres Heirathguts verliehen, nicht aber dagegen ihren Ältern, die eine Heimsteuer versprochen, solche aber noch nicht entrichtet haben.

Hieraus ergibt sich, daß die gestellte Klage gegen Georg A. jun. als nunmehrigen Besitzer des Anwesens seines Vaters nicht gegründet sey, er mußte also in dieser Eigenschaft hievon entbunden werden.

München, am 12. März 1828.

74.

Über die Alimentations=Verbindlichkeit eines Privaten, welcher einen andern heirathen läßt.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Der Gemeinde K. wird auf ihre gegen Johann D. et Conf. am 24. Juni l. J. eingereichte Klage wegen Versorgung der F.'schen Familie angebrachtermassen die Abweisung bedeutet, weil kein bestimmtes Vertrags=Verhältniß angegeben wurde, aus welchem die behaupteten Ansprüche gefolgert werden könnten, indem die Behauptung, daß P. den F. heirathen ließ, hiezu nicht gerechnet werden kann, weil Heiraths=Bewilligungen rein polizeilicher Natur sind, nicht von Privat=Personen ausgehen können, und ohne weitere speciele Verpflichtung keinen Alimentations=Anspruch civilrechtlich begründen, so wenig, als der Umstand, daß F. im Ehe=Vertrag vom 26. Febr. 1791 als angehender Taglöhner bei P. vorgetragen ist, für sich allein eine Alimentations=Verbindlichkeit des Gutsbesitzers gegen den Taglöhner oder dessen Familie begründet, sondern bloß seinen Nahrungs=Stand bezeichnet, wobei es sich im Hinblick auf § 14 u. 15. des Mandats vom 3. März 1780 (M. G. S. Bd. II. S. 953.) dann § 7. der Armen=Ordnung vom 17. Nov. 1816 und § 5. des Heimaths=Gesetzes vom 11. Sept. 1825 von selbst verstehet, daß, wenn nicht durch besondern Vertrag die Alimentations=Verbindlichkeit im Verarmungs=Falle übernommen wurde, selbe lediglich der Gemeinde zur Last fällt.

N. den 9. Juni 1833.

75.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des ehemal. provis. Communal-Administrators *** gegen den dortigen Stadtmagistrat wegen provis. Alimentation zu Recht, daß der genannte *** mit seinem Gesuche um provis. Alimentation zur Zeit abzuweisen, und die Kosten aller drei Instanzen zu compensiren seyen.

Eine Klage auf provis. Alimentation find. nicht statt, wenn das Recht zur Alimentation nicht schon durch eine Klage bescheiniget ist, auch muß d. Bedürftigkeit des Alimentens-Foderers nachgewiesen werden.

Gründe.

Die rechtliche Statthaftigkeit eines Anspruches auf provisorische Alimentation ist unerläßig durch zwei Haupterfoderniße bedingt: es muß

A. das Recht, auf dessen Grund die Alimentation gefodert wird, und

B. die Bedürftigkeit des Alimenten-Foderers nachgewiesen werden.

In dem vorliegenden Falle mangelt es an diesen beiden Erfodernissen; denn was

Ad A. das Recht anbelangt, so bauet *** solches selbst darauf, daß die Stadtgemeinde ** schuldig sey, ihn zu pensioniren; allein dieses Recht und diese Schuldigkeit hat er zur Zeit um so weniger nachgewiesen oder auch nur bescheiniget, als er dießfalls gegen die Stadtgemeinde noch nicht einmal klagend aufgetreten ist, und folglich ein solches Recht gegen dieselbe noch gar nicht einmal in Anspruch genommen hat. Was er von einer bei der königl. Regierung gegen den Magistrat ** wegen Pensionirung überreichten Beschwerde anführt, kann diesen Mangel der Klage in der Hauptsache nicht ersetzen, weil das Provisorium bei den Gerichten ge-

sucht wird, und folglich auch nur eine bei den Gerichten anhängig gemachte Klage, als eine solche in foro betrachtet werden kann.

Es würde aber widersinnig seyn, anzunehmen, daß über ein Recht früher, als es in Anspruch genommen wird, ein Beweis oder eine Bescheinigung geliefert worden ist.

Ad B. Nach dem Gesetze kann nur derjenige eine provis. Alimentation begehren, der außer Stand ist, sich aus seinem eigenen Vermögen, oder durch Dienst und Arbeit selbst zu ernähren.

An der Bescheinigung dieser gesetzlichen Bedingung gebricht es dem Alimenten-Gesuche des *** durchaus; und wenn er den Mangel dieser Bedingung durch die Behauptung zu decken sucht, daß nach der Pragmatik auf die Vermögens-Verhältnisse keine Rücksicht zu nehmen sey, so versirt er dießfalls in einem großen Irrthume, da diese Nicht-Berücksichtigung nur bei der Regulirung der pragmatischen Pension Anwendung findet, eine Alimentation hingegen unter allen Verhältnissen durch das wirklich bestehende Bedürfniß und die Nachweisung, daß man außer Stand sey, diesem Bedürfnisse selbst zu steuern, nothwendig bedingt ist.

Bei diesem gänzlichen Mangel der Substanzirung des ***schen Alimenten-Gesuches mußte in der Hauptsache oberstrichterlich, so wie geschehen, erkannt werden.

Aus der Reformirung der vorigen Aussprüche rechtfertiget sich die erkannte Kosten-Compensation.

München, den 2. Juni 1821.

76.

Über Immission in eine Erbschaft nach dem Edicte Div. Hadriani.

Seine Königliche Majestät.

Auf d. Grund eines mit einem vitio visib. nicht versehenen Testaments kan die Immission in d. Erbschaft verlangt werden.

Erkennen in Sachen des A. gegen den B. und dessen Streitgenossen wegen Immission in die Verlassenschaft des C. zu Recht:

a) daß die von dem B. bei der Instructions-Tagsfahrt am 17. Decemb. v. J. angebrachten Einwendungen als im possessorischen Streite unstatthaft — jedoch mit Vorbehalt des Petitoriums — zu verwerfen;

b) das im Original producirte Testament des C. vom 6. April v. J. als von einem sichtbaren Fehler frei anerkannt und die im besagten Termine nicht angebrachten Einreden für präcludirt zu halten, sofort

c) Herr Implorant im Namen seines Sohnes in den Besitz der sämmtlichen im Königreiche Bayern befindlichen Verlassenschaft des C. nach vorgängiger gerichtl. Inventarisirung derselben einzusetzen sey;

d) über die Bitte des B., „seinen Herrn Gegner zur Vorlegung des mit C. Abgemachten anhalten zu lassen," hat das königl. Appellationsgericht für den Isar-Kreis in I. Instanz das Geeignete zu erkennen oder zu verfügen;

e) die auf gegenwärtigen Immissions-Streit in I. Instanz erlaufenen Kosten hat der Implorat B. zu tragen und 6 Thaler Succumbenz-Gelder zu entrichten.

Die Kosten II. Instanz werden compensirt.

Gründe.

I. Herr Implorant hat seine Besitz-Imploration, die er auf das von C. den 6. April v. J. mit Zuziehung dreier Edelleute als Zeugen gefertigte, den 14. dess. M. bei dem königl. Appellationsgerichte dahier hinterlegte und dem Richter im Original producirte Testament stützt, nach lex ult. cod. de edicto div. Hadrian. tolled. und cod. civ. P. III. cap. 1. § 10. Nr. 1. gehörig begründet.

Da sich dieß Testament nach der Gerichts-Ordnung cap. 11. § 2. Nr. 1 et 3. als öffentliche Urkunde darstellt, so eignete sich das ergriffene possessorische Rechtsmittel zum höchst summarischen und Executiv-Processe (ad processum summarissimum et executivum) nach dessen Natur und Eigenschaft keine andere, als auf der Stelle liquidirliche Einreden zugelassen, alle übrigen aber, die nicht sogleich liquid zu machen sind, zum petitorischen Streite verwiesen werden.

Anm. zum cod. civ. p. III. cap. 1. § 10. Nr. 2.

II. Die Einwendungen, welche B. bei der Tagsfahrt vom 17. Dec. v. J. anbrachte und welche größtentheils keine wahren Exceptionen, sondern vielmehr nur Gründe gegen die Statthaftigkeit des gewählten Rechtsmittels sind, zeigen sich theils an sich ungegründet, theils als nicht sogleich liquid, mithin im possessorischen und Executiv-Processe unzuläßig.

a) Unrichtig ist es, daß das angewendete Rechtsmittel nur bei Streitigkeiten zwischen Testat- und Intestat-Erben, wenn ein Testament vorliege und dieses unter ihnen streitig werde, statt habe. Denn es ist hier als Beklagter und Implorat nicht bloß derjenige anzusehen, welcher die Erbschaft oder einen Theil derselben als Besitzer inne hat, sondern sogar jeder, der, ohne im Besitze zu seyn, einen rechtlichen Scheingrund zum Besitze der Erbschaft für sich hat, wegen dessen er den Imploranten hiezu nicht lassen will.

Anm. ad cod. civ. P. III. cap. 1. § 10. Nr. 4.
Schmid's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden § 601. Nr. 9.

b) Die Einrede, daß C. ein im Streite schon befangenes Object (rem litigiosam) nicht habe veräußern und darüber nicht habe disponiren können, ist ebenfalls ungegründet.

Denn abgesehen davon, daß C. sein Testament früher übergab, als ihm die von B. am 22. Juli v. J. angestellte rein petitorische Klage insinuirt wurde, von welcher Insinuation an der böse Glauben (mala fides) des Beklagten mit seinen erst nach entschiedener Sache Wirkung habenden Folgen nach der G. O. cap. 5. § 9. Nr. 2. und Martin's Lehrbuch des gem. deutschen Processes 3te Aufl. § 140. entsteht, so liegt hier keine wahre Veräußerung in der Art vor, wie sie die Gesetze verbieten.

Wenn auch der Testator bei der Abfassung des Testamentes zu besorgen hatte, daß sein dermaliger Gegner für sich und seine Geschwister den außergerichtlich angedrohten Streit wirklich erheben und fortsetzen werde, so konnte er doch über sein auch im Ganzen angesprochenes Vermögen einen Erben ernennen.

Hiedurch wurden die Rechte des Ansprechenden gar nicht verändert, vielmehr wurde ihm der Gegner festgestellt, indem dieser den Erblasser repräsentirt.

Würde C. so lange gelebt haben, bis der gegen ihn erhobene petitorische Streit durch richterliche Entscheidung rechtskräftig beendigt worden wäre, so hätte wohl der Beklagte bei erfolgter Verurtheilung, weil er durch die Citation in bösen Glauben versetzt war, auch die Früchte der aberkannten Hauptsache ersetzen müssen; aber während der Dauer des petitorischen Streites konnte ihm der Besitz, die Benutzung und Selbstverwaltung des angestrittenen Vermögens nicht genommen werden, sondern nur bei Gefahr von Abschwendung und Zersplitterung des Vermögens in der Substanz konnte der Kläger die geeigneten richterlichen Einschreitungen veranlassen. Was dem Erblasser zustand, muß auch dem Erben zustehen, welch letzterer ohnehin das bestrittene Object nur unbeschadet des darüber obwaltenden Streites (salvo jure litis) erhielt, und als Universal-Nachfolger in alle

Verbindlichkeiten des Erblassers, so wie in alle Rechte desselben eintrat.

Wenn streitige Sachen nach cod. civ. P. IV. cap. 4. § 4. Nr. 6. und Anm. Nr. 2. mit Angabe dieser ihrer Eigenschaft verkauft werden können, so können sie noch eher vererbt werden.

Sequestrationen streitiger Sachen sind nach bayer. Rechte sehr beschränkt, und daß die Erfodernisse der G. O. cap. 8. § 7. Nr. 1 et 2. dermal nicht vorliegen, ist klar.

Ohnehin bleibt es dem B. unbenommen, zur Sicherstellung der Verlassenschafts-Masse in ihrer Substanz im petitorischen Streite seine allenfallsigen Anträge (so weit er damit auszureichen glaubt) bei der ersten Instanz zu machen.

c) B. hat ferner die im petitorischen Streite als Klags-Fundamente geltend gemachten Gründe in gegenwärtigem possessorischen Streite als Einwendungen gebraucht, nämlich:

1. daß C. vermöge des Testaments seines Vorfahrers vom 27. Sept. 1802 zu Gunsten eines Fremden außer der Familie gar nicht habe testiren können und

2. derselbe kein legitimer Descendent sey.

Daß der zweite Punct überhaupt tiefere Erörterung fodere, bedarf keiner Ausführung. Niemand wird auch die dermalige Illiquidität der noch nicht einmal zum Spruche verhandelten Frage mißkennen, ob ungeachtet der Aufhebung der Familien-Fideicommisse durch das organische Edict über den Adel im Königreiche vom 28. Juli 1808 § 69., ungeachtet des Ausspruches im Edicte über Fideicommisse und Majorate vom 22. December 1811 § 9. lit. c., daß sich die bis 1808 bestandenen Fideicommiß-Massen ausschließlich für ihre damaligen Besitzer in freies Eigenthum verwandelt haben, gleichwohl C. die Verbindlichkeit auf sich hatte, alles, was er 1802 an ältern Fideicommissen und an Allod- oder neuen Fideicommiß erlangte, wieder auf die jüngste Linie zu übertragen.

d) Excipient hat die Stellen cod. jud. cap. 3. § 4. Nr. 8 u. 9. und die Anmerkungen zum cod. civ. P. III. cap. 1. § 10. Nr. 8. lit. d. unrichtig angewendet; denn sie supponiren

alle, daß, wer einmal petitorisch geklagt hat, nicht wieder auf das Possessorium übergehen könne.

Der Erblasser C. hat bis zu seinem Tode sich im Besitze der angestrittenen Sache so befunden, daß er diesen Besitz jedenfalls bis zum Ausgange des gegen ihn erhobenen petitorischen Streites behalten haben würde.

Diesen Besitz setzt der minderjährige Universal-Erbe fort, welchem überdieß das dermal gebrauchte Klagerecht auf Erlangung des Besitzes nicht eher geboren wurde, bis C. starb.

III. Wenn nun feststeht, daß die von B. angebrachten Einwendungen, abgesehen von der Frage, ob sie von präjudicieler Natur seyen, theils zur Elidirung der angestellten Besitzklage an sich nicht geeignet, theils nicht auf der Stelle liquidirt sind, so frägt sich weiter, ob sie nicht wenigstens von der Beschaffenheit seyen, daß B. die Streits-Einlassung verweigern und sich die Nachtragung weiterer Einreden gegen das Immissions-Gesuch vorbehalten durfte; ob er etwa mit seinen zurückbehaltenen weitern Exceptionen zu präcludiren sey, oder nicht?

Die Gerichts-Ordnung cap. 6. § 2. verfügt wörtlich: „es soll die Kriegs-Befestigung gleich auf den ersten vorgesetzten Termin geschehen, mithin auch alle Exceptiones dilatoriae et peremtoriae sowohl in ordinario als summario zugleich und auf einmal angebracht werden, widrigenfalls aber allzeit ipso facto präcludirt seyn."

Von dieser Regel werden im § 3. ausgenommen:

1) except. fori declinatoriae,

2) exceptio spolii aut litis finitae,

3) alle exceptiones, welche naturam praejudicii an sich haben, mithin so beschaffen sind, daß sie richterlicher Ermäßigung nach eine vorläufige Erörterung vor andern Exceptionen erfodern.

Einreden der ersten und zweiten Art brachte B. nicht an; seine Einwendungen sollen also unter Nr. 3. der Ausnahmen gehören. Allein:

a) das remed. ex lege ult. Cod. de edict. div. Hadr. tollendo begründet, wie schon angeführt worden ist, den

Executiv-Proceß. Eine solche Proceß-Art beschränkt sich nach ihrer Natur darauf, daß der Beklagte zwar gehört werde, sie erlaubt aber Verzögerungen nicht, läßt nur Einreden zu, die auf der Stelle liquidirlich sind und verweist alles, was weitläufigerer Erörterung bedarf, zum gesonderten Streite. Da die causae summarissimae der bayr. Gerichts-Ordnung im Grunde nur das sind, was in dem gemeinen Rechte unter den summarischen Processen begriffen wird,

Cod. jud. cap. 3. § 1. annot. lit. e.

so gilt von ihnen, was die Clementina cap. 2. de verb. signif. sagt: Sancimus, ut judex necessarie libellum non exigat, litis contestationem non postulit etc. etc. amputet dilationum materiam, litem quanto poterit, faciat breviorem, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repullendo; partium, advocatorum et procuratorum contentiones et jurgia, testiumque superfluam multitudinem reformando. — Non sic tamen litem abbreviet, quin probationes necessariae et legitimae defensiones admittantur etc. etc. Gehört, muß also der Gegentheil genugsam werden, aber er muß auch seine Vertheidigungs-Mittel mit einander anbringen.

Es würde dem Begriffe eines Executiv-Processes und einer summarischen Verhandlung widersprechen, eine Trennung der Einreden zu erlauben, welche Trennung nur eine hier unerlaubte Verzögerung mit sich führen würde. Glaubt der Implorat, daß unter den ihm zu Gebot stehenden Einreden wahre Präjudicial-Einreden sind, so mag er diese zuförderst und die übrigen nur eventuel anbringen und alles ist salvirt; denn wenn auch die erstern verworfen werden würden, so kann er vielleicht in den Eventual-Einreden sein Heil finden; reichen aber schon die erstern zur Lossprechung von der Klage hin, so schadet es ihm nicht, wenn er nur schwache Eventual-Einreden sollte angebracht haben.

b) Die Gerichts-Ordnung cap. 6. § 3. gibt den Parteien selbst zu verstehen, daß sie es nur bei den gerichtsableinenden Einreden, bei der Einrede des Spoliums und jener des bereits beendigten Streites mit ihren vier Unterarten wagen dürfen,

die Streits-Einlassung mit Ammission aller andern etwa zuständigen und zuträglichen Einreden zu versagen und dieß nur im ordentlichen Verfahren, nicht in summarischen Sachen. Denn bei den Einreden unter Nr. 3. des 3. § cap. 6. ist ausdrücklich die richterliche Ermäßigung beigesetzt, so daß es nicht darauf ankömmt, was etwa die Partei für eine Präjudicial-Einrede halten mag, sondern wofür der Richter sie ansieht; und da das Gesetz von einer vorläufigen Erörterung spricht, so hat der Gesetzgeber hier sicher nicht den summarischen und Executiv-Proceß im Auge gehabt, welcher die Liquidirung der Einreden auf der Stelle absolut fodert.

c) Die in den Anm. cod. jud. cap. 6. § 3. lit. d. angeführten Beispiele von Präjudicial-Einreden passen auch nicht einmal auf die vorliegende Sache. Denn nicht dem von C. eingesetzten minderjährigen Erben wurde der Stand (Status) oder die Legitimation der Person bestritten. Wenn aber angeführt wird, daß der Erblasser selbst gar nicht habe testiren können, sey es wegen der vorhandenen Litispendenz und des dadurch bewirkten bösen Glaubens von Seite des C.; so ist dieß nichts als eine gegen das gebrauchte possessorische Rechts-Mittel als peremtorisch nicht als präjudiciel dargestellte Einrede, die auf der Stelle erwiesen werden mußte.

Das nämliche gilt von den übrigen Einwendungen des Imploraten.

d) B. wurde endlich in der vorliegenden Sache von dem Richter I. Instanz sicher nicht übereilt.

Beim dritten Termine den 1. Dec. v. J., wo die eigentliche Instruction noch nicht vor sich ging, wurde ihm das in Frage stehende Original-Testament vorgelegt. Er hatte also gewiß Zeit bis zum 17. Dec., wo die Verhandlungen gepflogen wurden, sich auch mit den Einreden über die sichtbaren Mängel des Testamentes, wenn er deren je auffand, gefaßt zu machen.

Daß er von dem Testamente gar keine Notiz nehmen wollte, that er lediglich auf seine Gefahr; ein Vorbehalt weiterer Einreden kann aber nicht nützen, wenn das Gesetz ihn nicht erlaubt.

Die rechtliche Folge für den vorliegenden Proceß ist demnach, daß das Testament des C. vom 6. April v. J. als von einem sichtbaren Fehler frei anerkannt, die im Instructions-Termine nicht angebrachten Einreden präcludirt und dem Immissions-Gesuche des A. statt gegeben werden mußte.

IV. Die vorige Instanz konnte wohl vorerst auf Einlassung des Imploraten in das Immissions-Gesuch erkennen, weil sie die vorbehaltenen Einreden, der eingelegten Verwahrung wegen, für nicht präcludirt und nicht zuläßig hielt; wenn aber der höhere Richter annimmt, daß die Streitseinlassung — so weit sie in summarischen Sachen überhaupt nothwendig ist — im Instructions-Termine geschehen mußte, so hat er auch die Folge der Präclusion der Einreden mit auszusprechen.

Über diese Präclusion haben sich die Theile in den Verhandlungen beider Instanzen hinlänglich verbreitet, es ist hier überall im Factum und Rechte alles so weit erörtert, als es die Natur eines Executiv-Processes zuläßt, und es wäre gerade in dieser Proceß-Art zweckwidrig, der ersten Instanz das Definitiv-Erkenntniß erst wieder zu überlassen, welches doch schon in dem Ausspruche liegt, den der oberste Gerichtshof (hier als II. Instanz) auf jeden Fall machen müßte, nämlich in der Verwerfung der angebrachten und in der Präcludirung der nicht angebrachten Einreden.

V. Die wirkliche Einsetzung des minderjährigen Erben in den Besitz der gesammten, in Bayern befindlichen Verlassenschaft des C. kann nach lex ult. Cod. de edict. div. Hadr. tollendo, nach cod. civ. P. III. cap. 1. § 18. Nr. 9. mit Rückblick auf das constitutionele Edict vom 29. Mai 1818 über die Siegelmäßigkeit § 5. (am Ende) nur nach vorgängiger gerichtlicher Inventarisirung geschehen.

VI. Was die von dem Imploraten verlangte Edition der zwischen A. u. C. getroffenen Übereinkunft betrifft, so kann dieser Punct in Bezug auf Immission des Testaments-Erben und den darunter stattgehabten summarischen Proceß um so

weniger vom Einfluße seyn, als selbst B. im Exceptions-Recesse anführt, daß es gar nicht relevire, wenn ein Mitglied der Familie an dem Streite keinen Antheil nehmen, und sich von dem, was auf solche Art zu vindiciren sey, selbst ausschließen wolle. A. legte auch die Abschriften der zwischen ihm und C. gepflogenen Correspondenz vor und erklärte, daß eine eigentliche Vergleichs-Urkunde dermal noch nicht existire, er aber seinem Gegner keineswegs das Recht eingeräumt haben wolle, je eine Urkunde, wenn sie dereinst ausgestellt werden solle, einzusehen.

Diese Eingabe wurde dem B. mit dem gravirenden Erkenntnisse in Betreff der Immission zur Wissenschaft mitgetheilt, im Erkenntnisse selbst aber von diesem gar nichts gemeldet und nur in den Entscheidungs-Gründen Nr. 5. bemerkt, daß es bei der bereits vorliegenden gerichtlichen Erklärung des D. gegen die von A. verlangte Immission nichts einwenden zu wollen, von selbst keines weitern von dem Imploraten beantragten Editions-Verfahrens mehr bedürfe.

In der Berufung wiederholte aber B. sein Editions-Gesuch, weil — auch abgesehen von dem Immissions-Streite — er so wie seine Familie bei einem so wichtigen Documente, wie ein solches Vergleichs-Instrument sey, wesentliches Interesse habe und bat, den Gegner zur Vorlegung des mit C. rücksichtlich der vorliegenden Verhältnisse Abgemachten verhalten zu lassen.

Da sich nach nunmehr berichtigtem Immissions-Puncte die erste Instanz vorerst über die Edition bestimmt auszusprechen hat, so wurde hierüber, wie geschehen, erkannt.

VII. Die Streits-Kosten ꝛc. ꝛc.

München, den 25. Mai 1822.

77.

Von der Legitimation per rescriptum principis.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das ꝛc. ꝛc. in der Streitsache der Schiffmeister H.'schen Eheleute zu V. gegen Ignaz und Anna K. zu P. pcto. legitimationis per rescript. principis zu Recht, daß die Kläger mit ihrer Klage zurückzuweisen seyen.

Gründe.

Die Schiffmeister H.'schen Eheleute haben in ihrer verbesserten Klage vom 13. Juni 1833 den Antrag gestellt, daß die Erklärung des Ignaz K. vom 1. August 1820 als ungiltig, und das allerhöchste Rescript vom 5. Sept. 1820 als rechtskraftlos, wenigstens hinsichtlich der Successions-Rechte der Ignaz K.'schen Kinder erklärt, und an sie Kläger der treffende Intestat-Erbtheil verabfolget werde.

Dieser Antrag stützt sich im Wesentlichen auf folgende Klage-Fundamente.

A. Das Protocoll vom 1. August 1820 könne den Ignaz K.'schen Kindern kein Erbrecht geben, weil sie damals noch nicht legitimirt gewesen seyen, und das spätere Legitimations-Rescript vom 7. Sept. 1820 auf dasselbe nicht zurückwirken konnte.

B. Dieses allerhöchste Legitimations-Rescript könne denselben kein Erbrecht geben, weil

1. der König zu einer solchen Erbrecht-Ertheilung im Allgemeinen nicht berechtiget gewesen sey,

2. weil insbesondere die gesetzlichen Erfoderniſſe hiebei nicht gegeben gewesen seyen, indem

a) beide Mütter der zu legitimirenden Kinder damals noch am Leben gewesen seyen, und die eine aus ihnen vom Ignaz K. hätte geehelichet werden können, und

b) die H.'schen Eheleute hiebei nicht gehört worden, vielmehr fragliches Rescript durch unwahre Vorgaben über die Zahl der vorhandenen Intestaterben erschlichen worden sey.

c) Im schlimmsten Falle könne das Legitimations-Rescript vom 7. Sept. 1820 nur dahin verstanden werden, daß den Ignaz K.'schen Kindern nur jene Successions-Rechte gebühren sollen, welche die Gesetze den bloß per rescriptum principis legitimirten Kindern einräumen.

Zu A. Die Protocolls-Erklärung des Ignaz K. vom 1. Aug. 1820 erscheint unverkennbar nach ihrem Sinne und Zusammenhange mit der Instruction des Legitimations-Gesuches als eine durch die Voraussetznng, daß dieses Gesuch gewähret werde, bedingte Verfügung und ist daher durch die später wirklich ertheilte Legitimation seiner Kinder purificirt und rechtswirksam geworden. — Wäre auch dieses nicht, und wäre das Protocoll vom 1. August 1820 aus was immer für einem Grunde ungiltig, so würde dieses den H.'schen Eheleuten nichts vertragen, weil dann die Ignaz K.'schen Kinder *ab intestato* nicht bloß in zwei Dritttheile, sondern in das Ganze der Erbschaft succediren würden. Hienach erscheint der I. Theil des Klage-Fundaments eben so unrichtig als unerheblich.

Zu B. Nicht minder unbegründet erscheinen die Angriffe auf den Rechtsbestand des Legitimations-Rescriptes vom 7. September 1820 selbst, denn

zu 1. das Recht, uneheliche Kinder im vollsten Umfange zu legitimiren, gehörte schon zu den Zeiten des ehmaligen deutschen Reiches zu den Territorial-Rechten der Landes-Fürsten, Kreitmaiers Staats-Recht § 14. 15. 94. und wurde insbesondere von Bayerns Fürsten im vollsten Umfange geltend gemacht und ausgeübt, wie die Bestimmungen des Land-Rechts Th. I. cap. 5. § 9. und Anmerkungen hiezu, und zu Th. III. cap. 12. § 3. Nr. 7. in fine, dann die Novelle vom 27. August 1776 (M. G. S.) auf evidente Weise darthun.

Diese Novelle spricht zwar im Eingange nur von Kindern aus verdammter Geburt, allein ihre nachfolgenden Be-

stimmungen sprechen von landesherrl. Legitimationen überhaupt, und wäre auch dieses nicht, so würden diese Bestimmungen nach den Grundsätzen der Analogie auf blosse Spurios um so nothwendiger Anwendung finden müssen, als die ratio legis auf diese noch mehr, als auf jene ex damnato coitu paßt.

An diesem gesetzlichen Zustande hat die Staats-Verfassung vom Jahre 1818 nichts geändert. Hienach (Tit. II. § 1.) vereinigt das Staatsoberhaupt alle Rechte der Staatsgewalt in sich, und ist in ihrer Ausübung nur an die, in der nämlichen Verfassungs-Urkunde festgesetzten Bestimmungen gebunden, der Ausübung des zu den Prärogativen der Krone gehörenden Rechtes der Legitimation insbesondere setzt dieselbe keine neuen Schranken, sie ist daher auch ferner nur an die in den bisherigen Gesetzen gegebenen gehalten.

Der § 7. Tit. VIII. der Verfassungs-Urkunde, wonach für das ganze Königreich ein und dasselbe bürgerliche und Strafgesetzbuch bestehen soll, sieht hinsichtlich des erstern zur Zeit noch seinem Vollzuge entgegen, und bevor dieser eingetreten ist, gelten überall die bisher geltenden Gesetze, wonach der Fortbestand der Novelle vom 27. August 1776, als eines integrirenden Theiles der in Altbayern bestehenden Civilgesetze von selbst klar ist.

Zu 2. a) Daß bei Erlassung des Legitimations-Rescriptes vom 7. Sept. 1820 den gesetzlichen Requisiten des Land-Rechts Th. I. cap. 5. § 9. darum nicht genüget worden sey, weil Ignaz K. eine der beiden Mütter seiner unehelichen Kinder hätte ehelichen können, kann nicht als richtig anerkannt werden, — da K.'s Kinder von zwei Müttern waren, so lag eben hierin die Unmöglichkeit, beiden anders zur Legitimation zu verhelfen, als indem er keine der beiden Mütter heirathete, dieses Hinderniß hat der Monarch erwogen, und durch Ertheilung der erbetenen Legitimation als rechtlich begründet ausgesprochen, hiebei muß es daher unzweifelhaft sein Bewenden haben.

Zu 2. b) Eben so wenig kann von einer Verletzung der angeführten gesetzlichen Bestimmungen darum die Rede seyn,

weil Anna H. über ihre Zustimmung im Voraus gar nicht gehört worden ist.

Da Ignaz K. damals noch lebte, so hatte sie eben so wenig als seine übrigen Geschwisterte oder Geschwistert-Kinder bereits ein Recht auf seinen eigenen Rücklaß erlanget, aus Mangel eines juris quaesiti stand ihr daher auch kein Einspruchs-Recht gegen die erbetene Legitimation zu, wonach ihre Vernehmung und resp. Zustimmung gar nicht erfoderlich gewesen ist.

Wenn das Kreis- und Stadtgericht P. die Instruction des K.'schen Legitimations-Gesuches gleichwohl auch auf die Vernehmung seiner collateralen Intestaterben ausgedehnt hat, so hat es etwas gethan, wozu es vom Gesetze eben so wenig, als durch den Instructions-Befehl des königl. Appellationsgerichts vom 30. December 1817 veranlaßt war, ohne daß hieraus Anna H. ein Widerspruchs-Recht für sich ableiten kann.

Mag hienach auch zugegeben werden, daß die Angabe des Ignaz K. im Protocolle vom 23. Juni 1820, „daß außer den von ihm benannten und vernommenen Intestat-Erben keine andern bestehen," unrichtig gewesen sey, so kann darum doch nicht behauptet werden, daß das allerhöchste Rescript vom 7. September 1820 erschlichen worden sey, weil nicht anzunehmen ist, daß bei Ertheilung der nachgesuchten Legitimation auf die an sich überflüßige Zustimmung der collateralen Intestaterben Rücksicht genommen sey, geschwaige gar, daß ohne sie dieselbe nicht ertheilt worden wäre.

Zu C. Durch das allerhöchste Rescript vom 7. Sept. 1820 wurde den Ignaz K.'schen Kindern die erbetene Legitimation nicht nur zur Tilgung des Geburts-Fleckens, sondern auch mit der Wirkung der Familien und vollen Successions-Rechte, dann der väterlichen Gewalt über dieselben ertheilt. Der Ausdruck „volle Successions-Rechte" läßt keinen Zweifel zu, daß den Ignaz K.'schen Kindern alle Successions-Rechte gleich ehelichen Kindern, wie Ignaz K. ausdrücklich gebeten hatte, gebühren sollten. Wäre es anders, und hätte der König den fraglichen Kindern nur

jene beschränkten Successions-Rechte zuwenden wollen, welche den per rescriptum principis legitimirten Kindern nach dem Gesetze im Allgemeinen zukommen, so wäre hierüber gar kein allerhöchster Ausspruch erfoderlich gewesen, weil den K.'schen Kindern diese beschränkten Erbrechte schon kraft des Gesetzes zugekommen wären, aber eben, weil ihnen mehr als diese, weil ihnen volle Successions-Rechte gebühren sollten, wurde dieses, wie es nothwendig war, buchstäblich ausgesprochen.

Nach allen diesen Rücksichten stellt sich die Klage der H.'schen Eheleute schon ex ipsis narratis als unbegründet dar, und muß daher mit Hinblick auf die Novelle vom 27. August 1776 zurückgewiesen werden.

Am 7. Juli 1834.

78.

Über Arrogation.

Erkenntniß.

In der Streitsache der Hauptmann B.'schen Geschwisterte, nämlich des Anton B., Handelsmann in Sinsheim, der Lisette B. und der Franziska B. zu M. als Kläger gegen den arrogirten Sohn des verstorbenen pensionirten Hrn. Hauptmann B., als Beklagten, die Giltigkeit des von dem verstorbenen Hrn. Hauptmann B. errichteten Testaments betreffend, erkennt die königl. Stadt- und Festungs-Commandantschaft zu P. auf angebrachte Klage, abgegebene Exception, Re- und Duplik hiemit zu Recht, wie folgt:

1. es sey das von dem verstorbenen pensionirten Hrn. Hauptmann Joh. Bapt. B. unterm 18. Juni 1813 errichtete Testament vollkommen giltig, es werde sohin

2. dem arrogirten Sohne desselben Aloys B. als instituirten Testaments-Erben die väterliche Verlassenschaft hiemit eigenthümlich zuerkannt, und
3. die Kläger seyen daher mit ihrer Klage abzuweisen.

I. Geschichte.

Der zu P. befindliche pensionirte Herr Hauptmann Joh. Bapt. B. wollte im Jahre 1813 seinen natürlich unehelichen Sohn Aloys, damals 9 Jahre alt, zum Erben seines Vermögens einsetzen und suchte, da die Mutter desselben schon verstorben war, mittels einer Bittschrift vom 15. Mai 1813 bei der allerhöchsten Stelle nur die legitimatio per rescriptum principis nach.

Den 10. Juni 1813 befiel ihn auf der Innbrücke, als er eben im Begriffe stand, zur königl. Commandantschaft zu gehen, eine Ohnmacht mit Puls-Aussetzung.

Bei diesen öfters kehrenden, ordentlichen Anfällen entschloß sich der Herr Hauptmann, um das Schicksal seines Sohnes bekümmert, weil die erwartete Legitimation noch nicht erfolgt war, auf den Fall, wenn dieselbe vor seinem Tode nicht mehr eintreten sollte, seinen Sohn zu arrogiren, weil er für diesen Augenblick, die väterliche Gewalt auf andere Art nicht erlangen konnte.

Auf seine deßhalb an die königl. Commandantschaft gestellte Bitte ging die Arrogation durch einen gerichtlichen Act vom 10. Juni 1813 wirklich vor sich und nun machte B. am nämlichen Tage vor sieben eigens hiezu erbetenen Zeugen ein Testament, setzte darin seinen arrogirten Sohn Aloys zum Universal-Erben ein und substituirte auf den Fall, wenn derselbe in der Minderjährigkeit versterben würde, seine Geschwisterte puppillarisch, ernannte zugleich die Vormünder seines Sohnes und zum Testaments-Executor den kön. Hrn. Advokaten Dr. A. dahier.

Am 12. Juni dess. J. starb Herr Hauptmann B. an einer solchen früher befallenen Ohnmacht und am 27. Juli darauf erfolgte erst die legitimatio per rescriptum principis in der Art, daß Aloys B. berechtigt seyn soll, den

Namen seines Vaters zu führen, auch der Flecken seiner unehelichen Geburt mit allen davon abhängigen Folgen vollkommen als getilgt und aufgehoben zu betrachten sey.

Das Testament wurde nach dem Tode des Hrn. Hauptmanns B. am 15. Juli 1813 publicirt, jedoch von seinen Geschwisterten nicht als rechtsgiltig anerkannt.

Es erhob sich nun hierüber der gegenwärtige Rechts-Streit, welcher in ordinario in vier gewöhnlichen Schrift-Sätzen von den streitenden Theilen ausgeführt wurde.

II. Entscheidungs-Gründe.

A. In Betreff der Giltigkeit der Arrogation.

1. Ist die Arrogation nach der bei den Militär-Gerichten eingeführten Form von einer abgeordneten Commandantschafts-Commission vorgenommen worden, sohin an der Förmlichkeit derselben nichts auszusetzen.

2. Entscheidet circa materialia die Gesetzes-Stelle cod. civ. p. I. cap. 5. § 10. Nr. 5., welche folgendermassen lautet:

> „mögen uneheliche Kinder von ihrem leiblichen Vater nicht arrogirt werden, so lange er die väterliche Gewalt auf andere Art über sie erlangen kann."

Die Arrogation ist demnach als ein subsidiäres Mittel, die väterliche Gewalt über ein uneheliches Kind zu erlangen, gesetzlich erlaubt, wenn der Wahlvater dieselbe auf keine andere Art mehr zu erwerben im Stande ist.

Zur Zeit der geschehenen Arrogation war die Mutter des Aloys B. bekanntlich schon verstorben, er konnte sofort per subsequens matrimonium patriam potestatem nicht erhalten.

Eben so wenig konnte er dieses im Wege der legitimatio per rescriptum principis, weil das Legitimations-Rescript erst nach seinem Tode erfogt ist.

Er befand sich also zu jenem Zeitpuncte, wo er die Arrogation seines außerehelichen Sohnes Aloys vornahm, wegen plötzlich herannahenden Lebens-Endes in die Nothwendigkeit versetzt, um ja bei Lebzeiten die väterliche Gewalt über sein uneheliches Kind noch erlangen zu können, zu dem

letzten Mittel seine Zuflucht zu nehmen, nämlich zu der in einem solchen Nothfalle gesetzlich eingeführten, subsidiarischen Rechts-Wohlthat der Arrogation.

3. Die Einsprache des kläger'schen Anwaltes, daß Hauptmann B. die väterliche Gewalt viel früher hätte erlangen können und wegen dieses Saumsals die Arrogation nicht mehr als ein unausweichliches subsidium gesetzlich giltig in Anwendung gebracht werden dürfe, verdient gar keine Würdigung und widerstreitet den Regeln der gesunden Vernunft, indem nach dieser Behauptung jede Arrogation als ungiltig erklärt werden könnte, weil die Einrede, die natürliche Gewalt hätte früher entweder per subsequens matrimonium oder legitimationem per rescriptum principis erlangt werden können, demjenigen jederzeit zu Gebot stände, welcher bei der Ungiltigkeit der Arrogation sein Interesse fände.

Sowohl nach dem Wortverstande des allegirten Gesetzes, als nach der Absicht des Gesetzgebers, welcher die Arrogation zu Gunsten der väterlichen Gewalt eingeführt hat, ist es einleuchtend, daß das Gesetz bloß den Augenblick berücksichtigt wissen wollte, in welchem die Arrogation vorgenommen werde, weil sonst der Vater der wohlthätigen Absicht des Gesetzes niemal theilhaftig werden könnte, und sohin das Gesetz zwecklos seyn würde, wenn man ihm zur Schuld anrechnen wollte, daß er die väterliche Gewalt über sein uneheliches Kind nicht früher auf eine andere Art zu erlangen gesucht habe.

Es ist genug, wenn er nur zu jenem Zeitpuncte, wo er zur Arrogation seine Zuflucht nahm, in der Unmöglichkeit sich befand, die väterliche Gewalt in den vorgeschriebenen zwei ersten Wegen zu erhalten, eine Saumseligkeit im Gebrauche der andern vorgängigen zwei Mittel kann hier zu keinem Nachtheile gereichen, weil noch das letzte Mittel nämlich die Arrogation übrig gelassen ist, wenn subsequens matrimonium wegen des Todes der Mutter nicht mehr eintreten und der Erfolg der bereits nachgesuchten Legitimation per rescriptum principis wegen Todesgefahr nicht mehr abgewartet werden kann, wie es in concreto der wirklich

vorher erfolgte Tod des Hrn. Hauptmann B. bethätiget hat. Übrigens kann auch

4. Die Arrogation als eine zum Vortheil der Väter eingeführte Rechts-Wohlthat nicht zu ihrem Nachtheile ausgelegt werden.

Eine solche Interpretation wäre nicht nur den allgemeinen Rechtsprincipien, sondern auch ausdrücklichen Gesetzen entgegen.

Folgende Gesetzes-Stellen, welche der berühmte Rechts-Gelehrte Dr. Christ. Fr. Glück, k. b. Hofrath und Lehrer der Rechte auf der Universität zu Erlangen in seinem unterm 29. August 1815 abgegebenen Rechts-Gutachten über die Giltigkeit des B.'schen Testaments deßhalb aus dem römischen Rechte angezogen hat, dienen hierüber zum Beweise:

Lex 25. D. de legibus I. 3. nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum intraducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

Lex 6. cod. eodem I. 14. Quod favorem quorumdam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri.

Lex 19. in fine de fide instrumentorum IV. 21. Hoc, quod pro quibusdam introductum est, inferre eis jacturam minime rationi conveniat aequitatis.

5. Die weitere Behauptung der Kläger, daß die Arrogation in fraudem legis unternommen worden sey, zerfällt bei dem dritten Entscheidungs-Grunde in ihr Nichts; denn war der Herr Hauptmann B. zu der Arrogation berechtigt, so kann man nicht sagen, daß er in fraudem legis gehandelt habe, weil er zu einem in den Gesetzen nicht verbotenen, sondern vielmehr ausdrücklich erlaubten Mittel, die väterliche Gewalt zu erwerben, seine Zuflucht genommen, sohin die Absicht und den Zweck des Gesetzes nicht zu vereiteln, sondern vielmehr zu erlangen gesucht hat.

Nur im ersten Falle wäre seine Handlung in fraudem legis geschehen.

Lex 29. Dig. de legibus ſagt: „in fraudem legis facit, qui ſalvis verbis legis ſententiam ejus circumvenit," und

Lex 30. D. eodem: „fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit."

Hierin findet auch

6. die fernere kläger'ſche Behauptung, daß die Arrogation zu ihrem Nachtheile vorgenommen worden wäre, ihre Abfertigung, weil Hauptmann B. zur Arrogation und in Folge derſelben zur Erbseinſetzung ſeines Sohnes geſetzlich berechtiget war, und weil unter dieſen Umſtänden nach der bekannten Regel: Qui jure ſuo utitur, nemini facit injuriam — L. 151. c. 155. § 1. D. de div. regulis juris — in rechtlicher Hinſicht von einem Präjudiz der Geſchwiſterte eben ſo wenig die Sprache ſeyn kann, als in dem Falle, wenn derſelbe einen extraneum in dem Teſtamente inſtituirt hätte, indem die Geſchwiſterte keine Notherben ſind und keinen Pflichttheil zu fodern haben, ſondern bei der Erbseinſetzung ganz umgangen werden können, außer es wäre ihnen persona turpis vorgezogen worden.

Die von dem Teſtirer vorgenommene Arrogation ſeines unehelichen Sohnes Aloys B. iſt demnach für vollkommen giltig zu achten.

B. In Betreff der Giltigkeit des Teſtamentes.

1. Die Wirkungen einer giltigen Arrogation, nach welchen die Giltigkeit des Teſtamentes beurtheilt werden muß, ſind in cod. civ. cap. 5. § 10. Nr. 7. durch folgende Worte ausgedrückt:

„Tritt Arrogatus mittels ſicherer Wahlkindſchaft unter die väterliche Gewalt und wird aller Pflichten und Rechte, wie andere rechtmäßig natürliche Kinder theilhaftig, außer ſo viel die von natürlicher Bluts-Freundſchaft allein abhängenden Rechte (jura ſanguinis) betrifft."

Da nun die Rechte der rechtmäßig natürlichen Kinder geſetzlich darin beſtehen, daß ſie haeres ſui und Notherben ſind, welche den Ältern nicht nur ab inteſtato ſuccediren,

sondern auch im Testamente eingesetzt oder aus gesetzlichen Gründen enterbt werden müssen, so ist nach der deutlichen Bestimmung des angeführten Gesetzes der giltig arrogirte Sohn Aloys B., weil er sich zur Zeit des erfolgten Absterbens des Herrn Hauptmanns noch in seiner natürlichen Gewalt befand, mit Rücksicht auf cod. civ. P. III. cap. 1. § 3. ein haeres suus und zugleich necessarius seines Wahlvaters geworden, welcher mit Ausschluß der Seitenverwandten allein ab intestato in das Allodial-Vermögen seines Vaters succedirt und als solcher nicht nur die passive Testabilität besitzt, sondern auch in der Erbseinsetzung nicht umgangen werden darf.

2. Ist die Absicht des Gesetzgebers, daß Arrogati aller Rechte der rechtmäßigen Kinder theilhaftig seyn sollen, in der Gesetzes-Stelle cod. civ. P. III. cap. 3. § 14. Nr. 2. nach deutlichen und mit folgenden klaren Worten ausgedrückt:

„Unter den Kindern, welche Notherben sind, werden auch arrogati, so viel die Verlassenschaft des Wahlvaters betrifft, nicht aber legitimati per rescriptum principis oder Uneheliche verstanden.“

3. Die klägerseits gemachten Einwendungen und Demonstrationen, daß der Flecken unehelicher Geburt durch die Arrogation nicht getilgt werde, und daß sohin Alois B. trotz der Arrogation kein Notherbe sey, sondern wie vor — propter turpitudinem persona passive intestabilis bleibe, beruhen auf einer ganz irrigen und verkehrten Auslegung der Gesetze; denn

a) wenn das Gesetz dem Vater erlaubt, sein uneheliches Kind zu arrogiren, so spricht es eo ipso demselben alle Rechte zu, welche mit der Arrogation nach den vorgenannten zwei Gesetzesstellen verbunden sind, daher kann den von dem Gesetze ausdrücklich für Notherben erklärten arrogirten Kindern sowohl die Intestat-Erbfolge als die passive Testabilität nicht abgesprochen werden.

b) Ist es nicht nothwendig, daß das Gesetz mit bestimmten Worten ausdrücke, daß durch die Arrogation der Flecken unehelicher Geburt getilgt werde; dieses ist schon in der Bestimmung, daß Arrogati alle Rechte der rechtmäßigen

Kinder erlangen und für Notherben declarirt sind, enthalten und eine damit verbundene nothwendige Folge.

c) Wenn durch die Arrogation der Geburts-Flecken nicht getilgt würde, so würde das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch kommen und zwecklos seyn, weil es, wie die Stelle cod. civ. P. III. cap. 3. § 14. Nr. 2. bestimmt, die mit dem Flecken unehelicher Geburt behafteten Kinder für keine Notherben declariren könnte, und weil unter der väterlichen Gewalt nach ihrem gesetzlichen Begriffe nur haeredes sui et necessarii, also keineswegs uneheliche Kinder stehen können.

Es ist daher Aloys B. in Folge der Arrogation von dem Flecken der unehelichen Geburt gereinigt worden und keine persona turpis mehr, sondern als rechtmäßiges Kind der passiven Testabilität fähig.

4. Ist das Testament auch sonst weder circa formalia noch materialia mit einem Mangel behaftet, sohin gegen die Giltigkeit nichts einzuwenden.

5. Bei der in Mitte liegenden Arrogation fällt die Frage, ob die erst nach dem Tode des Testirers erfolgte legitimatio per rescriptum principis eine rückwirkende Kraft besitze, gänzlich hinweg und selbst auf den Fall, wenn es hierauf ankäme, würde das Testament nicht umgestossen werden können, da nach Novelle 89. cap. 10. des römischen Rechts und nach den Anmerkungen ad cod. civ. bav. p. I. cap. 5. § 9. S. 198. die Legitimation auch auf stillschweigende Art per testamentum geschehen kann.

6. Wäre aber auch das Testament wirklich ungiltig, so würden doch die Geschwisterte nicht zur Erbfolge gelangen, sondern von dem arrogirten Aloys B. als haeres suus et necessarius, folglich als nächsten Descendenten ausgeschlossen werden.

C. *Quoad possessorium et petitorium.*

Die streitenden Theile haben ihr petitum zwar auf Erlangung des Besitzes der Erbschaft gerichtet; allein bei Ausführung ihrer Rechte zugleich alle ihnen zu Gebot gestandenen petitorischen Gründe vorgebracht und erschöpft, welche zur

Entscheidung des Streites in petitorio gehören, und, wie die Klage und Exception zeigt, ohne ausdrückliche Protestation dem richterlichen Ausspruche submittirt.

Daher kam, da die vorliegende Streitsache auch quoad petitorium vollkommen instruirt worden ist und keine weitern petitorischen Gründe mehr in Vorschein kommen können, um einen fernern zwecklosen Proceß in petitorio abzuschneiden, nach cod. jud. cap. 3. § 4. Nr. 13. 14. et 15. schon jetzt über das Petitorium gesprochen werden.

Bei der gesetzlichen Giltigkeit der Arrogation und des von dem Herrn Hauptmann B. errichteten Testaments, und bei der Nichtigkeit der von den B.'schen Geschwisterten dagegen vorgebrachten Gründe ist es nun außer allem rechtlichen Zweifel, daß die Erbschaft in petitorio einzig und allein dem instituirten Testaments-Erben Aloys B. richterlich zuerkannt und die Kläger sofort mit ihrer Klage abgewiesen werden müssen.

Wie hiemit zu Recht erkannt und gesprochen worden.

Den 12. September 1822.

79.

Im Namen ꝛc.

In Streitsachen der drei Geschwisterte des verstorbenen Hauptmann Joh. Bapt. B. von P. gegen die Vormundschaft seines minderjährigen Sohnes Aloys B., die Ungiltigkeit einer Arrogation und eines Testaments s. a. betr. erkennt die unterfertigte königl. Stelle als II. Instanz nach erstattetem Vortrage zu Recht und bestättiget das erstrichterliche Urtheil vom 12. September 1822.

Die Kosten I. Instanz seyen compensirt, jene der gegenwärtigen Berufung aber fallen den Klägern zur Last.

Gründe.

Die Kläger bestreiten die Giltigkeit des Arrogations-Actes und das Testament ihres Bruders, sie bitten um Einweisung in den Besitz der Erbschaft und um Verweisung des arrogirten Testaments-Erben Aloys B. zur petitorischen Erbschafts-Klage. Diese Rechtssache ist nach dem bayer. Land-Rechte und aushülfsweise nach dem röm. Rechte zu beurtheilen. V. vom 11. Juni 1816 Rggsbl. p. 387. Bayr. Ldr. Thl. I. cap. 2. § 9.

Belangend nun die Arrogation des Hauptmann B.'schen Sohnes, so ist dieselbe in ihrer Form von den Klägern nicht angefochten, und besteht in dieser Hinsicht um so mehr zu Recht, als sie materiel dem Landrechte Thl. I. cap. 5. § 10. entspricht; denn

1. Aloys B., 9 Jahre alt, dessen Mutter schon verstorben war, stand als außerehelicher Sohn des Hauptmann B. nicht in dessen väterlichen Gewalt und war also sui juris.

Ldr. Thl. I. cap. 5. § 1. und § 10. Nr. 1 et 5.

2. Der Wahlvater, von Natur zur Ehe nicht untüchtig, war ohne eheliche Kinder, 42 Jahre alt, also zwischen 18—60 Jahren — Nr. 2. l. c. — und hatte wegen des nicht erreichten 60sten Jahres die obrigkeitliche Dispens.

3. Die Einwilligung des Wahlkindes ist durch dessen zu diesem Acte speciel aufgestellten Curator gegeben. Nr. 3. l. c.

4. Die obrigkeitliche Confirmation ist von der kön. Commandantschaft P. resp. von einer durch dieselbe vorschriftsmäßig angeordneten Militär-Commission auf competente Weise erfolgt Nr. 3. l. c.

5. Auch hatte eine obrigkeitliche hinlängliche Untersuchung der Nutzbarkeit dieses Wahlactes statt. Das Gesetz spricht zunächst von dem Nutzen des Wahlkindes, das durch die Arrogation nicht gefährdet seyn darf. Dieser Nutzen war für Aloys B. augenfällig, weil derselbe die beträchtliche Erbschaft des Wahlvaters erlangen sollte; die Einwilligung der Geschwisterte des Wahlvaters war aber bei der obrigkeitlichen

Untersuchung nicht nöthig, weil sie keine solchen Erben sind, denen der Arrogant einen Pflichttheil schuldig gewesen wäre, § 7. Intest. de adopt. XI. Land-Recht l. c. Nr. 4. mit den Anmerkungen,

indem die Geschwisterte, wenn sie auch Agnaten oder Cagnaten sind, — Ldr. Thl. I. cap. 4. § 5. Nr. 2. — als Collateral-Verwandte unter sich so lange keine Notherben werden, als ihnen keine persona turpis vorgezogen wird, Ldr. Thl. III. cap. 3. § 14. Nr. 2. 3., sofort Aloys B. als Neffe der Kläger nie einen Pflichttheil von denselben fodern durfte.

Die Kläger haben auch den B.'schen Wahlkindschafts-Act aus dem Grunde gar nicht angefochten, daß sie bei demselben mit ihrer Einwilligung nicht gehört wurden.

6. Der Wahlvater hat die Versicherung gegeben, er werde keine andere Anordnung treffen, als daß, wenn sein Sohn minderjährig sterben sollte, alles das ihm zugedachte Vermögen wieder an seine Intestaterben fallen und jede dagegen handelnde Disposition nichtig und ungiltig seyn soll.

Wirklich hat er im § 2. des Testamentes auch verordnet, daß, im Falle das Wahlkind minderjährig sterben sollte, alles, was dasselbe von ihm durch Erbschaft erhält, an seine gesetzlichen Intestaterben zurückfallen und dieselben auf solchen Fall als Erben substituirt seyn sollen.

Das Gesetz fodert Nr. 4. l. c. eine Versicherung des Wahlvaters, „daß, wenn Arrogat minderjährig ohne giltiges Testament verstirbt, seine Verlassenschaft an die Erben ad intestato ausgefolgt werde."

Daß hier die Rede von der Erbschaft des Wahlkindes und von dessen Intestat-Erben sey, sieht man aus dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes mit Nr. 8. l. c. und mit Th. III. cap. 12. § 2. Nr. 5. cum not. 4. § 3. Nr. 6. cum not. 5.; dann mit § 5. Inst. 1. 11. L. 17. 18. 19. 20. D. 1. 7. L. 2. cod. 8. 48. de adopt.

Stirbt nämlich das Wahlkind als minderjährig, so erben es dessen Intestat-Erben, nicht aber der Wahlvater oder dessen Verwandte. Der Wahlvater muß sogar deßwe-

gen Caution nach gemeinen Rechten leisten, und wenn er das Wahlkind ohne Grund emancipirt oder enterbt, so muß er ihm den vierten Theil seines Vermögens (quartam divi pii) ausfolgen lassen.

Nur wenn das Wahlkind als großjährig stirbt, erlangt der Wahlvater Erbrechte. Die vom Hauptmann B. gemachte Versicherung und Anordnung entspricht nun dem Gesetze zwar nicht ganz; allein dieses kann die Ungiltigkeit des Wahlactes nicht herbeiführen. Nirgends kommt in den Acten vor, daß das Wahlkind ein Vermögen besaß oder zu hoffen hatte. Eine Versicherung, ein solches Vermögen seinen Intestat-Erben hinauszugeben, wenn Arrogatus als minderjährig sterben würde, war also ganz überflüßig. Wo es an Materie des Rechtes (hier an Vermögen) gebricht, kommt es auf die Form desselben nicht mehr an. Auch könnten nur die Intestaterben des Wahlkindes, nicht jene des Wahlvaters die Giltigkeit der Arrogation allenfalls wegen Mangel der gesetzl. nöthigen Versicherung des Wahlvaters anfechten.

Wegen dieses Mangels haben auch die Kläger den Wahlkindschafts-Act nicht bestritten, sie hätten auch dieses mit Grund nicht gekonnt, weil sie sich einer gesetzlich unzuläßigen Exception de jure tertii nach Cod. jud. cap. 6. § 5. nicht bedienen durften.

7. Außer der Arrogation stand dem Wahlvater am 10. Juni 1813 kein Mittel mehr zu Gebot, die väterliche Gewalt über das Wahlkind zu erlangen. Nr. 5. l. c.

Die Mutter des Kindes war damals schon todt und die am 15. Mai 1813 schon nachgesuchte Legitimation des Kindes, durch ein landesherrl. Rescript erfolgte erst am 27. Juli 1813. Daß der Wahlvater am 10. Juni 1813 gefährlich krank wurde, beweist sein in der Nacht vom 12. dess. M. erfolgter Tod. Es war am 10. Juni zwar nicht gewiß, ob das landesherrliche Rescript nicht noch vor des Wahlvaters Tod eintreffen werde. Allein dieß kann in der Sache nichts ändern, das fragliche Rescript traf einmal nach dem Tode des Wahlvaters ein und hätte dieser bis zum letzten Momente seines Lebens auf das königl. Rescript warten müssen,

so wäre ihm die Arrogation seines Sohnes absolut unmöglich geworden.

Die fernere Behauptung der Kläger, daß Hauptmann B. die Mutter seines Sohnes früher hätte heirathen oder ein kön. Rescript nachsuchen sollen, somit die Schuld seiner Nachläßigkeit tragen müsse, kann wieder nichts entscheiden; die militärischen Heirathen unterliegen schon an sich vielen Hindernissen und das königl. Rescript war vier Wochen vor dem Tode des Wahlvaters nachgesucht; daß er erst nach seinem Tode erfolgte, hieng nicht von ihm, sondern von andern Umständen ab.

Übrigens entscheiden in jedem Rechtsgeschäfte die Modalitäten der Zeit, des Ortes und der Nebenumstände, unter denen ein Geschäft entsteht.

Dieses liegt in der Vernunft und in den Gesetzen, eine gegentheilige Ansicht würde zu den ungereimtesten Resultaten führen.

Ein zur Zeit der Pest oder ein vor der Schlacht errichtetes militärisches Testament ist deßhalb nicht ungültig, weil der Testator früher ein förmliches Testament hätte machen können. Ein Wahnsinniger kann in gesunden Lichtmomenten unter gewissen Umständen giltige Rechts-Geschäfte schließen.

Die an sich verbotene Selbsthülfe ist in gewissen Fällen der Nothwehr erlaubt. Die Legitimation eines Kindes durch nachgesuchte Ehe wirkt vollkommen, die Ehe mag nach der Schwängerung oder nach der Kindes-Geburt oder später als erste, zweite oder dritte Ehe erfolgen.

Ldr. Th. I. cap. 5. § 8. et in not. Nr. 2. 3.

Hauptmann B. war also am 10. Juni 1813 wirklich in dem Falle, von welchem das Gesetz Th. I. cap. 5. § 10. Nr. 5. spricht.

8. Nicht minder gehaltlos ist die kläger'sche Behauptung, daß Hauptmann B. die Arrogation seines Sohnes in fraudem legis und zum Nachtheile seiner Geschwisterte vornahm. Der Eigenthümer kann kraft seines Eigenthums-Rechtes frei über das Seinige disponiren.

Wer sein Recht ausübt, thut Niemanden unrecht.

L. 151. 155. § 1. Dig. de div. reg. jur. 50. 17.

In fraudem legis facit, qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit.

L. 29. D. de leg. 1. 3.

Zweck der Arrogation ist die Erlangung väterlicher Gewalt und einer legitimen Succession.

Diesen Zweck hatte Hauptmann B., den er offen bei den Wahlacten einbekannte. Zu diesem Zwecke brauchte er die gesetzlich erlaubten Mittel, es geschah, was er wollte, das geschehe. Er hat also weder das Gesetz umgangen, noch demselben einen Betrug gespielt. Er hat gethan, was er durfte. Er brachte seine Geschwisterte nicht widerrechtlich in Nachtheil, sie traf durch die Arrogation kein positiver Schaden, sondern höchstens der Entgang eines Gewinnes in der zu hoffenden Erbschaft des Bruders; doch war dieser seinen Geschwisterten nicht einmal einen Pflichttheil schuldig, so lange er ihnen keine persona turpis vorzog.

9. Die römischen und gemeinen Gesetze fodern zwar zur Giltigkeit der Arrogation eines Minderjährigen die Bestättigung des Landesherrn, und diese erfolgt nur, wenn nach vorheriger obrigkeitlicher Untersuchung mit Beiziehung der Vormünder und Verwandten des Wahlkindes die Arrogation sich als nützlich darstellt.

§ 10. Inst. 1. 11. L. 2. Nr. 18. 20. 22. D. 17. L. 2. 5. Cod. 8. 48.

Das bayer. Recht fodert aber zur Giltigkeit der Arrogation die landesherrliche Bestättigung — Land-Recht Th. I. cap. 5. § 10. cum not. 3. 4. nicht mehr. Ist nun die B.'sche Arrogation in Form und Materie dem Gesetze gemäß und giltig, so ergeben sich die Folgen hievon von selbst.

Das Wahlkind trat:

1. in die väterliche Gewalt des Arroganten, mit allen Rechten und Pflichten rechtmäßiger natürlicher Kinder mit Ausnahme jener Rechte, die von der Bluts-Verwandtschaft abhängen, (jura sanguinis) Nr. 7. l. c.

2. Es erbt den Wahlvater gleich ehelichen Kindern und schließt sogar dessen Ältern und Ascendenten von der Erbschaft aus, so lange die Arrogation nicht in der Absicht geschah, die Ascendenten um den Pflichttheil zu bringen.

Ldr. Th. III. cap. 12. § 2. Nr. 6.

3. Es wurde Notherbe des Wahlvaters, mußte also entweder rechtsmäßig enterbt oder in den Pflichttheil eingesetzt werden, gleich ehelichen nachgebornen oder durch nacherfolgte Ehe legitimirten Kindern.

Ldr. Th. III. cap. 3. § 14. proëm. et Nr. 2.

Ibid. cap. 1. § 3. Nr. 1.

4. Es wurde haeres suus, weil es nach erfolgtem Wahl-Acte in die väterliche Gewalt des Arroganten trat und dessen nächster Erbe geworden war.

Ldr. Th. III. cap. 1. § 3. Nr. 1.

5. Es war also nach erfolgter Arrogation nicht mehr der illegitime, mit der Geburts-Mackel behaftete, sondern der arrogirte, folglich legitime Sohn des Wahlvaters, ausgestattet mit allen Rechten der Wahlkinder. Das Gesetz macht unter letztern gar keinen Unterschied. Alle Wahl-Kinder genießen gleiche Rechte, nur ein arrogirter Descendent erlangt auch die Erbrechte der Agenten, was bei den übrigen Wahlkindern der Fall nicht ist.

Zwischen unehelichen und ganz fremden Wahlkindern ist aber gar kein Unterschied, und hätte ein solcher gemacht werden wollen, so müßte es ausdrücklich gesagt seyn. Wie sollten auch die illegitimen Kinder des Wahlvaters den ganz fremden Wahlkindern nicht gleich oder gar nachgesetzt seyn?

Letzteres wären sie aber offenbar, blieben sie nach erfolgter Arrogation noch mit der Geburts-Mackel behaftet, also illegitim.

Und wenn die Legitimation durch ein königl. Rescript, die nur väterliche Gewalt und beschränkte Erbrechte erzeugt,

Ldr. Th. I. cap. 5. § 9.
» » III. » 3. § 13. 14. Nr. 2.
» » » » 12. § 2. Nr. 11.
» » » » » » 3. Nr. 7.

die Geburts-Mackel schon auslöscht, warum sollte die Arrogation, welche doch viel wichtigere Rechte erzeugt, diesen Erfolg nicht haben?

Überall werden die legitimirten und adoptirten Kinder den rechtmäßigen — legitimis — beigezählt, folglich den illegitimen im Sinne des Land-Rechts Th. I. cap. 3. § 2. Nr. 6. entgegengesetzt.

Thybauts Syst. des Pand.-Rechtes 1805. § 346.

Krüll's Handb. des bayer. Rechts 1807. § 289.

Übrigens bedarf es kaum einer Erwähnung, daß selbst uneheliche Kinder, weil sie einige beschränkte Erbrechte genießen, nicht ganz erbsunfähig seyen, wie jene im Ldr. Th. III. cap. 1. § 3. Nr. 4.:

Ganz unfähig können ja auch legitime Kinder werden.

6. Ob die Arrogation zurückwirkend sey, ist eine gleichgiltige Sache, es genügt hier, wenn das Wahlkind nach vollendetem Wahl-Acte die Rechte der Arrogation erlangt hatte, somit zur Zeit der Testaments-Errichtung der Arrogirte, also legitime Sohn des Testators war.

Daß aber das B.'sche Testament erst nach dem Wahlkindschafts-Acte zu Stande kam, ist aus dem § 1. dieses Testamentes ersichtlich.

Es hat also

7. der Eblasser seinen arrogirten, folglich legitimen unter die Gewalt gebrachten Sohn, als seinen nächsten Notherben (haeres suus et necessarius) der die Collateral-Verwandten ausschließt, zum ersten Haupterben ernannt, folglich keine persona turpis den Collateral-Verwandten vorgesetzt. Das Testament kann demnach als nichtig oder in afficies nicht angefochten werden.

Ldr. Th. III. cap. 12. § 2. proëm. § 24.
» » » » 3. » 14. Nr. 3.
» » » » » » 16. » 8. 9. et § 18.

8. Besteht aber das Testament in seiner Giltigkeit, so erscheinen die Kläger nur als pupillarisch substituirte Erben, die dem Haupterben erst nachfolgen, wenn dieser als minderjährig stirbt.

9. Sollte aber das Testament aus was immer für andern Gründen als nichtig angestritten werden können, so träte die Intestat-Erbfolge ein, in welcher der arrogirte Sohn des Erblassers die Geschwister desselben wieder ausschließen würde.

Bei diesem Ergebnisse ist nun die Erörterung der Frage überflüßig geworden, ob die Legitimation des Aloys B. durch königl. Rescript vom 27. Juli 1813 zurückwirke oder nicht? Doch müßte diese Frage die im Ldr. Th. I. cap. 5. § 9. nicht klar entschieden ist, im Vergleiche des cap. 5. § 8. Nr. 4., dann der L. 9. 10. Cod. de not. lib. 5. 27., dann der Nov. 89. cap. 2. et Nr. 12. cap. 4. bejahend entschieden werden, weil nur die Legitimatio per curiae dationem eine rückwirkende Kraft nicht hatte, die Legitimation durch Rescript über die Geburts-Mackel ganz auslöscht, wie die Legitimation durch nachgefolgte Ehe.

L. 23. § 1. cod. de nupt. 5. 4. L. 57. § 1. Dig. de rit. nupt. 23. 2.

Die Kläger verlangen ferner in den Erbschafts-Besitz ex edicto quorum bonorum et div. Hadr. nach dem Ldr. Th. III. cap. 1. § 10. gesetzt zu werden. Sie suchen deßhalb das Testament, das sie als ungiltig selbst anfochten, wieder aufrecht zu erhalten, und nur die Erbschafts-Einsetzung des Aloys B. als ungiltig darzustellen.

Allein der Erbschafts-Besitz kann ihnen im Sinne des genannten Edictes nicht eingeräumt werden, es mag die Intestat- oder Testaments-Erbfolge eintreten.

Nur der Testaments-Erbe kann sich des erwähnten Edictes bedienen, nicht der Intestat-Erbe.

Land-Recht l. c. Nr. 1.

Die Kläger sind auch nicht die nächsten Intestat-Erben ihres Bruders, wie schon gezeigt ist, sondern der arrogirte Sohn des Erblassers wäre als nächster Erbe zur Succession ab intestato gerufen.

Übrigens ist die Erbseinsetzung des Aloys B. nach obiger Ausführung nicht ungiltig. Die Kläger erscheinen dem-

nach als bloſſe Pupillar=Subſtituten. Ihnen gebührt daher der Erbſchafts=Beſitz von dem Haupt=Erben nicht. Ldr. l. c. Nr. 7. L. 22. Dig. de vulg. et pupill. ſubſt. 28. 6.

Das vorliegende, mit keinem ſichtlichen Mangel behaftete Teſtament ſpricht gerade gegen die Kläger und macht den zuerſt eingeſetzten Haupt=Erben Aloys B. zu ihrem legitimen Contradictor, deſſen Widerſpruchs=Gründe aus dem Teſtamente ſelbſt auf der Stelle liquid ſind.

Land=Recht l. c. Nr. 5.

Dieſes Teſtament gibt nicht zu entnehmen, daß den Klägern eine perſona turpis vorgezogen ſey, vielmehr nennt es den Aloys B. als den nunmehr arrogirten Sohn des Teſtators.

Hiedurch weiſt es auf den Wahlkindſchafts=Act hin, deſſen Gilt= oder Ungiltigkeit aus dem Teſtamente allein nicht erſehen werden kann. Vielmehr trägt es alle Merkmale der Giltigkeit an ſich.

Die von den Klägern aufgeſuchten Teſtaments=Mängel ſind nicht von der Art, daß ſie ohne vieles Nachdenken, gleich aus bloſſer Einſicht des producirten letzten Willens in die Augen fallen, wie jene, die das Geſetz beiſpielsweiſe Nr. 4. l. c. anführt. Vielmehr konnten die aufgeſuchten Mängel nur durch ein proceſſualiſches Verfahren näher erörtert werden und hier zeigten ſich die Klags=Fundamente als grundlos.

Nicht alſo den Klägern, ſondern dem erſten Teſtaments=Erben gebührt der Erbſchafts=Beſitz nach dem erwähnten Edicte, zumal die Kläger als legitime Contradictoren nicht erſcheinen, weil ihre Einreden nicht auf der Stelle liquid waren, ſondern eine proceſſualiſche Erörterung nöthig machten, die nicht zu ihren Gunſten ausfiel.

Die Kläger haben zwar dem Petito ihrer Klage eine poſſeſſoriſche Form gegeben; allein die Gründe, auf denen dieſes Petitum ruht, ſind von rein petitoriſcher Natur.

Dieſe Gründe behandeln umſtändlich die Frage, ob das vorliegende Teſtament und die Arrogation giltig oder wegen des durch die Kläger aufgeſuchten Mangels ungiltig ſey.

Über diese Frage sind die Streitsätze vollständig und hinlänglich gewechselt.

Auf die Ungiltigkeit der B.'schen Erbs-Einsetzung und der Arrogation wollten die Kläger ein possessorisches Rechts-Mittel stützen. Es sagt auch schon ihre Klage, daß das Erbschafts-Recht (petitorium) der B.'schen Geschwisterte evident dargethan sey.

Da auch Alles erörtert ist, was für und wider die Giltigkeit des Testaments und der Arrogation gesagt werden wollte und konnte, so ist hierüber ein neuer Proceß in petitorischer Form weder nöthig noch zuläßig, vielmehr muß das Urtheil über die materielen Bestandtheile der Streitsätze, folglich über die Giltigkeit der B.'schen Arrogation und Erbs-Einsetzung jetzt schon erfolgen, wie es oben geschah.

Zudem ist den Klägern am 15. Juli 1813 ein peremtorischer Termin zu ihrer Erklärung wegen der Testaments-Anerkennung mit dem Präjudiz sub poena agniti fürgesetzt und durch Decret vom 10/11. August mit weitern 14 Tagen verlängert worden.

Eine weitere Frist wurde ihnen nicht gewährt, vielmehr durch das Decret vom 25. August 1813 abgeschlagen, weßhalb sie dann am 28. dess. M. ihre Klage auf Ungiltigkeit des Testamentes und des Wahlactes einlegten.

Es kann ihnen somit auch nicht mehr gestattet seyn, das B.'sche Testament und die Arrogation mit neuen Nichtigkeits-Gründen anzufechten.

Cod. jud. cap. 6. § 2.

Hienach leuchtet von selbst ein, daß nicht nur über den momentanen Besitz, sondern auch über das Eigenthum der Erbschaft jetzt schon das Urtheil gesprochen werden dürfe und müsse.

Den 2. April 1824.

80.

Das königl. General-Auditoriat als Militär-Oberappellationsgericht bestättigte das appellationsgerichtliche Urtheil aus folgenden

Gründen.

Das Gesetz — **cod. civ. P. I. cap. 5. § 10. Nr. 5.** — gestattet dem leiblichen Vater die Arrogation seiner unehelichen Kinder, in so ferne er auf andere Art die väterliche Gewalt über dieselben nicht erlangen kann.

Nun gibt es nur noch zwei andere gesetzliche Wege zur Erwerbung der väterlichen Gewalt über natürlich uneheliche Kinder, nämlich die Legitimation durch nachfolgende Ehe des Vaters mit der leiblichen Mutter, und jene durch ein landesherrliches Rescript.

Die Wahl des **erstern** Weges war dem Hauptmann B., als er jenen Zweck zu erreichen suchte, durch den früher erfolgten Tod der Mutter seines außerehelich erzeugten Sohnes benommen; den **zweiten** schlug er wirklich ein, aber bei dem herannahenden Ende seines Lebens konnte er das Resultat nicht mehr abwarten, und nahm daher zur Arrogation, als dem einzigen Mittel, das ihm in seiner damaligen Lage für seine Absicht noch offen stand, seine Zuflucht.

Die Einrede, daß er früher sich mit der Mutter des Kindes hätte verehelichen, so wie die landesherrliche Legitimation zeitiger hätte nachsuchen können, und daß, weil dieses nicht geschah, der Arrogations-Act unwirksam sey; diese Einrede ist im Gesetze nicht begründet und daher von keinem rechtlichen Werthe.

Es kommt hier nicht darauf an, welche Mittel und Wege dem Hauptmann B. zur Erlegung der väterlichen Gewalt über seinen natürlichen Sohn **ursprünglich** sich darboten, genug, daß er im Zeitpuncte der realisirten Wahlkindschaft auf keine andere gesetzmäßige Weise zum beabsichtigten Zwecke gelangen konnte. Nur dieser Zeitpunct allein tritt hier nach dem klaren Sinne des Gesetzes in entscheidende Rücksicht.

Das von den Hauptmann B.'schen Geschwisterten für ihre gegentheilige Behauptung aus der Natur der subsidiarischen Rechtsmittel abgeleitete Argument paßt nicht hieher.

Nirgends ist die Zuläßigkeit der Arrogation unehelicher Kinder von Seite des Vaters an die Bedingung geknüpft, daß zuvor die beiden andern Wege zur Erwerbung der väterlichen Gewalt fruchtlos betreten worden seyen.

Wäre die früher bestandene Möglichkeit, der väterlichen Gewalt auf andere Art theilhaftig zu werden, ein gesetzliches Hinderniß dieser Arrogation, so würde die ganze, in diesem Institute liegende Rechts-Wohlthat vereitelt seyn, und das Gesetz so mit sich selbst im Widerspruche stehen.

Überhaupt sind gesetzlich eingeführte Rechts-Wohlthaten nicht zum Nachtheile derjenigen Personen auszulegen, die man hiebei begünstigen wollte.

Die subsidiare Eigenschaft der Arrogation als Mittel, die väterliche Gewalt über eigene uneheliche Kinder zu erlangen leidet, nach dem Wortlaute des Gesetzes keine andere Deutung, als daß sie bloß aushülfsweise, nämlich da, wo der angeregte Zweck auf anderem Wege nicht mehr erreichbar ist, Platz greife.

Dieser Fall war bei dem Hauptm. B. unter den obenbemerkten Verhältnissen unzweifelhaft vorhanden.

Mit der verstorbenen Mutter seines Kindes konnte er nicht mehr zur Ehe schreiten, und bei dem Gefühle seines herannahenden Todes mußte er allerdings besorgen, das nachgesuchte landesherrliche Legitimations-Rescript treffe ihn nicht mehr bei Leben, wie es denn auch wirklich erst längere Zeit nach seinem Hinscheiden erfolgte.

Der weitere Einwurf, B. habe bei Arrogirung seines illegitimen Sohnes wegen der damit verbundenen Absicht, diesem — zum Präjudiz seiner Geschwisterte — sein Vermögen zuzuspielen, in fraudem legis gehandelt, verdient eben so wenig eine richterliche Beachtung.

Wer von einer ihm gesetzlich angegönnten Rechtswohlthat Gebrauch macht, handelt nicht gegen den Willen und die Absicht des Gesetzes und thut Niemanden Unrecht.

Hauptmann B. war unstreitig zur Arrogation seines natürlichen Sohnes berechtiget. Seine Geschwisterte hätten bei Lebzeiten dieses ihres Bruders keinen Anspruch auf desselben Vermögen, über das ihm freie Disposition zustand. Es kann daher auch von einem, durch die Arrogation ihnen widerrechtlich zugefügten Nachtheile durchaus keine Rede seyn.

Als nächste Seitenverwandte ihres Bruders konnten sie bloß die Hoffnung hegen, einst im Wege der Intestat-Erbfolge zu dessen Nachlasse zu gelangen.

Durch die Arrogations-Handlung des Hauptmann B., dem das Interesse seines leiblichen Sohnes näher als das seiner Geschwisterte am Herzen lag, ward zwar diese, ohnehin unsichere Hoffnung getäuscht, keineswegs aber ein bereits erworbenes Recht der Revidenten gekränkt oder beeinträchtiget.

Die gesetzliche Bestimmung, welche die unehelichen Kinder in der Regel von des Vaters Erbschaft ausschließt, kann, von selbst einleuchtend, nur so lange ihre Wirkung äußern, als dieselben nicht durch Legitimation oder Arrogation die Erbfähigkeit in Bezug auf die väterliche Verlassenschaft rechtlich erlangt haben.

Die in den Anmerkungen zum cod. civ. P. I. cap. 5. § 9. S. 199. enthaltene Stelle, daß bei legitimirten Kindern in Ansehung der Succession zum Präjudiz der Anverwandten ꝛc. so leicht nichts verhängt werden könne, als worauf die Hauptmann B.'schen Geschwister eben auch ihr vermeintliches Einspruchsrecht stützen, steht theils mit dem concreten Arrogations-Falle in keiner Beziehung, theils liegt überhaupt jene Beschränkung nicht darin, welche hieraus gefolgert werden will.

Zudem weiset jene Stelle ausdrücklich auf die nachfolgenden, die Successions-Fälle betreffenden Dispositionen hin, die über das Erbrecht des Wahlkindes, hier des Aloys B., hinsichtlich des väterlichen Vermögens keinen Zweifel übrig lassen, wie weiter unten vorkömmt.

Es erscheint somit auch die gegen vorstehende Wahlkindschaft erhobene Einrede der Gefährde und der betrüglichen Umgehung des Gesetzes als grundlos und verwerflich, wor-

nach die Arrogation als vollkommen giltig und rechtsbeständig sich ausspricht.

Die Hauptmann B.'schen Geschwisterte fechten das Testament ihres Bruders aus dem Grunde als nichtig an, weil es dem zum Erben eingesetzten Aloys B. wegen der Mackel seiner unehelichen Geburt, die durch die Arrogation nicht getilgt werde, an der passiven Testabilität mangle, und sie sonach als Notherben rücksichtlich der instituirten persona turpis gesetzwidrig umgangen worden seyen.

Allein diese Behauptungen halten nicht die rechtliche Probe aus: durch die Arrogation tritt Arrogatus unter die väterliche Gewalt und wird aller Pflichten oder Rechte, wie andere rechtmäßig natürliche Kinder theilhaftig, außer so viel die von natürlicher Bluts-Verwandtschaft allein abhängenden Rechte (jura sanguinis) betrifft.

Cod. civ. P. I. cap. 5. § 10. Nr. 7.

Die Anmerkungen zu dieser Stelle des Landrechts enthalten, daß der Arrogirte dem Wahlvater sowohl ex testamento als ab intestato wie andere Kinder in bonis allodialibus succedire ꝛc.

Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen der ehelichen oder unehelichen Geburt des Wahlkindes, sondern lautet allgemein ohne Ausnahme und Beschränkung.

Wäre es in seiner Absicht gelegen, die im vorangehenden Nr. 5. l. c. dem Vater aushülfsweise erlaubte Arrogation seiner unehelichen Kinder in Beziehung auf ihre rechtlichen Folgen zu beschränken, so würde dieses bei der nachfolgenden oben angeführten Bestimmung Nr. 7. ausdrücklich geschehen seyn. Dort sind jedoch die Wirkungen der Wahlkindschaft überhaupt, ohne die geringste Modification in Ansehung unehelicher Wahlkinder bezeichnet, und eben dadurch die letztern den arrogirten Kindern hinsichtlich ihrer aus der Arrogation entspringenden Rechte vollkommen gleichgestellt.

Der allgemeine Ausdruck „Arrogatus“ faßt als Gattungs-Begriff offenbar beide Arten der Wahlkinder — die ehelichen und unehelichen — in sich. Ohnehin darf man dem Gesetze die Inconsequenz nicht zutrauen, als lasse dasselbe

zwar die Arrogation unehelicher Kinder von Seite des Vaters zu, wolle aber dieser Handlung die rechtlichen Wirkungen nicht beigelegt wissen.

Tritt nun das von seinem Vater arrogirte, uneheliche Kind unter die väterliche Gewalt und erwirbt dasselbe alle Rechte, wie andere legitime Kinder, die jura sanguinis allein ausgenommen, so hebt sich die Mackel der unehelichen Geburt von selbst auf, und es läßt sich kein Grund für die gegentheilige Ansicht aus dem Umstande deduciren, daß unter den Wirkungen der Arrogation die Erlöschung jener Mackel nicht namentlich aufgeführt ist.

Auch bei der Legitimation per subsequens matrimonium wird der rechtlichen Folge der Tilgung des Geburtsfleckens im Gesetze nicht ausdrücklich erwähnt — cod. civ. P. I. cap. 5. § 8. Nr. 4. eben weil sie aus der Natur der Sache selbst hervorgeht.

Nur bei der Legitimation durch ein landesherrliches Rescript ist diese Wirkung besonders ausgedrückt, da diese Legitimations-Art die väterliche Gewalt und die Successions-Rechte nicht unbedingt begründet, sohin der Effect derselben auch bloß in der Tilgung der Geburts-Mackel bestehen kann. Cod. civ. l. c. § 9.

Ganz irrelevant ist daher auch die Erörterung der Frage, ob das erst nach dem Tode des Hauptmann B. eingetroffene kön. Legitimations-Rescript eine zurückwirkende Kraft habe; denn durch die Arrogation trat der unehelich geborne Aloys B. in das Verhältniß und die Rechte eines ehelichen Kindes rücksichtlich des väterlichen Vermögens, er gewann sonach die Eigenschaft der Legitimität, gemäß welcher ihm kein Geburts-Flecken mehr anklebt.

Derselbe ist also keine persona turpis und gegen seine passive Testabilität waltet nach dem Gesetze um so minder ein rechtlicher Umstand vor, als Ldr. P. III. cap. 3. § 14. Nr. 2. ferner bestimmt, daß unter den Kindern, welche Noth-Erben sind, auch die *Arrogati*, so viel die Verlassenschaft des Wahlvaters betrifft, verstanden seyen, dieses den Wahl-Kindern überhaupt, folglich auch den — vom Wahlvater

unehelich erzeugten, gesetzlich verliehene Noth-Erberecht aber die Erbfähigkeit von selbst unfehlbar voraussetzt.

Diesemnach konnte der arrogirte Aloys B. im Testamente seines Vaters allerdings giltig als Erbe instituirt werden, und die bloß pupillariter substituirten Hauptmann B.'schen Geschwister können daraus, daß sie nicht zu Haupterben ernannt sind, keinen rechtlichen Beschwerde-Grund ableiten, indem Brüder und Schwestern — als Collateral-Verwandte — nur dann die Qualität der Notherben annehmen, wenn ihnen eine ehrlose oder bemackelte Person vorgezogen wird, cod. civ. P. III. cap. 3. § 14. Nr. 3. — dieser Fall aber nach den Prämissen keineswegs vorliegt.

Das berührte Testament kündigt sich daher im angefochtenen Puncte der Erbseinsetzung als rechtlich wirksam und gebrechenlos an.

Trüge indeß auch dasselbe irgend das Gepräge der Ungiltigkeit an sich, so wäre gleichwohl das — von den Hauptmann B.'schen Geschwisterten angesprochene Intestat-Erbrecht nicht gesetzlich begründet, weil alsdann die natürliche Erbfolge den arrogirten Sohn des Erblassers, Aloys B., als nächsten Bluts-Verwandten, der zugleich bei seines Vaters Ableben in dessen väterlicher Gewalt stand, mithin nach cod. civ. P. III. cap. 1. § 3. Nr. 1. unverkennbar als haeres suus, so wie nach dem früher Angeführten als wahrer Noth-Erbe erscheint, zur väterlichen Erbschaft beriefe, derselbe sohin jedenfalls die Hauptmann B.'schen Geschwister als Seiten-Verwandte ausschlösse.

Cod. civ. P. III. cap. 12. § 1. Nr. 3. et § 2. Nr. 6.

Auf den Grund der behaupteten Nichtigkeit des Testaments sprechen die Hauptmann B.'schen Geschwisterte als vermeintliche Intestat-Erben die Einräumung des Besitzes der Verlassenschaft ihres verstorbenen Bruders an, und protestiren wider die gegentheils bezweckte Immission des Aloys B. aus dem Hadrianischen Edicte, weil das Testament an dem wesentlichen und auch sogleich zu ersehenden Mangel der Erbeinsetzung leide.

Das aus genanntem Edicte sich darbietende Rechtsmittel auf Erlangung des Besitzes einer Erbschaft setzt eine schriftliche, mit keinem sichtlichen Gebrechen behaftete Disposition voraus und berechtiget sodann den hierin instituirten Erben, die Einsetzung in die Possession der Erbsmasse zu fodern, so ferne kein legitimus contradictor vorhanden ist.

Cod. civ. P. III. cap. 1. § 10. Nr. 1.

Das in Mitte liegende Hauptmann B.'sche Testament trägt keinen der im Gesetze l. c. Nr. 4. bezeichneten sichtbaren Defecte an sich.

Insbesondere ist der angebliche Mangel im Puncte der Erbseinsetzung, wie gegen die Ansicht der Revidenten bereits erörtert ist, ungegründet.

Als legitime Contradictoren gegen die Immission der Testaments-Erben in die fragliche Verlassenschaft sind die Hauptmann B.'schen Geschwisterte nach Nr. 5. l. c. nicht zu betrachten, indem dieselben gegen den letzten Willen ihres Bruders keine rechtserheblichen, sofort liquiden Einreden zu erheben vermochten, sondern die Giltigkeit des Testaments aus nichtigen Gründen anfochten.

Sie selbst aber können den Besitz der Erbschaft weder kraft des Hadrianischen Edictes, worauf sie früher ihr Immissions-Gesuch stützten, noch sonst vermöge der Intestat-Erbfolge mit rechtlicher Befugniß in Anspruch nehmen; denn einestheils kömmt das remedium ex edicto divi Hadriani nach der allegirten Gesetzesstelle und der Anmerkungen hiezu Nr. 3. nur dem, in einem giltigen Testamente eingesetzten Erben, nicht aber auch einem Pupillar-Substituten oder demjenigen, der nur bedingnißweise instituirt ist, zu Statten und überdieß wird das B.'sche Testament, ohne welches die Pupillar-Substitution nicht bestehen kann — cod. civ. P. III. cap. 3. § 24. Nr. 3. — von dem Revidenten selbst für ungiltig erklärt, anderntheils haben die Hauptmann B.'schen Geschwisterte, wie schon gezeigt ist, durchaus kein Intestat-Erbrecht, in Folge dessen sie zur Possession des brüderlichen Verlaßthumes gelangen könnten.

Nicht ihnen also, sondern dem Testaments-Erben Aloys B. steht das Gesetz hinsichtlich der bezielten Immission in den Besitz der Erbschaft zur Seite.

Inzwischen haben die Revidenten in ihren Proceßschriften ihre vermeintlichen Rechte auf die Hauptmann B.'sche Erbschaft selbst bereits geltend zu machen gesucht, und die Ansprüche ihres Gegners aus petitorischen Gründen bestritten.

In der Klage wird auch ausdrücklich angeführt: „damit (nämlich durch die vorausgeschickten Motive) sey das Erbschafts-Recht (Petitorium) zu Gunsten der B.'schen Geschwister evident hergestellt."

Sie haben auch dem Revisions-Libelle eventuel für den Fall der oberstrichterlichen Entscheidung des Petitorii ihren bittlichen Antrag beigefügt.

Die Gegenpartei hat bei der Proceß-Verhandlung auf die Beantwortung der wider sie aufgestellten, petitorischen Gründe und Einwendungen sich umständlich eingelassen und dem richterlichen Ausspruche in possessorio sowohl, als in petitorio unterworfen.

Die auf die Gesetzmäßigkeit der Arrogation, so wie auf die Giltigkeit des Hauptmann B.'schen Testamentes sich beziehenden Streitpuncte sind zur Genüge erörtert.

Hätten die Revidenten noch andere petitorische Einreden, als die bereits angeführten, zur Verfechtung ihrer Sache in Bereitschaft gehabt, so würden sie dieselben ohne Zweifel mit vorgebracht haben.

Stünden ihnen aber auch wirklich neue Exceptionen der bemerkten Art zu Gebote, und wollte man diese noch für zuläßig erachten, so ließe sich doch hievon für die Revidenten kein günstiges Resultat erwarten, da das Erbrecht des Aloys B. zunächst auf der väterlichen Arrogations-Handlung beruht, deren Rechtsbestand mit Erfolg nicht weiter angefochten werden kann, und wobei es auf die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des Testaments ohnehin nicht wesentlich ankömmt.

In dieser Hinsicht und da sonach das mit dem Possessorio verbundene Petitorium als hinlänglich instruirt er-

scheint, in solchem Falle aber der Richter, selbst im Zweifel, auf welches von beiden die Anträge der Parteien gerichtet seyen, in petitorio unbedenklich sprechen darf, — Gerichts-Ordnung cap. 3. § 4. Nr. 16. in notis — da ferner nach allgemeinen Grundsätzen des Processes jedes Urtheil so viel von der Streitsache entscheiden soll, als zur Decision reif ist, und es in der Pflicht des Richters liegt, unnütze und zwecklose Processe so viel möglich zu verhindern und abzuschneiden, so war schon dermal mit Umgehung des Possessorii nach der Gerichts-Ordnung l. c. Nr. 13. 14 et 15. in Petitorio zu erkennen und zwar bei dem gesetzlich begründeten Erb-Rechte des Aloys B. diesem das Eigenthum der väterlichen Erbschaft zuzusprechen.

München, den 29. August 1825.

Rechtsfall VIII.

De effectu arrogationis liberorum ex damnato coitu quoad jus ſucceſſionis.

Thesis VIII.

De

allein unrechtmäßigen Uebertretungen ge-
nommen quoad jus Tue-
rionis.

Einleitung.

Am 15. Januar 1795 schloß die verwittibte Gräfin von S. mit ihren beiden Söhnen Aloys Graf v. S. und Franz Graf von S. einen Familien-Fideicommiß-Vertrag hinsichtlich der beiden Güter K. und U. ab, dessen nähere Auseinandersetzung die Erkenntnisse enthalten.

Aloys Graf von S., welcher das Gut K. erhielt, erzeugte im Ehebruche 2 Kinder, welche er nicht nur per rescriptum principis legitimiren ließ, sondern auch arrogirte, und welche Arrogation sowohl vom kön. Kreis- und Stadtgerichte B. am 7. März 1826 als auch von Sr. Majestät dem Könige am 26. Mai ejusd. anni genehmigt wurde.

Nach dem Tode des genannten Aloys Graf von S. entspann sich zwischen dessen Bruder Franz Graf v. S. und den adoptirten Kindern des erstern ein Erbschafts-Streit, in welchem Franz Graf von S. am 13. März 1832 mit nachstehender

Klage

bei dem königl. Kreis- und Stadtgerichte auftrat:

Am 27. Sept. v. J. sey sein Bruder der Graf Aloys von S. ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verordnung gestorben; es trete daher die gesetzliche Intestat-Erbfolge ein.

Gemäß dieser sey er Kläger der leibliche Bruder des Verstorbenen der rechtmäßige Erbe desselben, da jener weder erbsfähige Descendenten, noch Ascendenten, noch außer ihm Kläger einen Seitenverwandten hinterlassen habe.

Zwar seyen Kinder von demselben vorhanden, welche Ansprüche auf die Erbschaft machten; allein dieselben seyen nicht erbfähig, da sie ex coitu damnato herrühren, und folglich bloß die alimenta necessaria aus dem Vermögen

ihres Vaters verlangen könnten. Sie kämen daher gegenwärtig, wo es sich um die Erbschaft handle, in keinen Betracht.

Seyen dieselben auch immer per rescriptum principis legitimirt, so sey doch bekannt, daß diese Legitimation kein Erbrecht verschaffe, wenn sie nicht ausdrücklich mit dem Effecte der Successions-Folge ertheilt wurde, was hier der Fall nicht sey, indem nach Zeugniß der einschlägigen Acten die Legitimation ausdrücklich bloß mit dem Effecte der Löschung des Geburts-Fleckens ertheilt worden.

Daß den unehelichen Kindern des Erblassers auch durch Arrogation kein Successions-Recht eingeräumt worden, sey nach den dießfallsigen Acten nicht minder zweifellos; denn gemäß denselben sey eine Arrogation mit einer solchen Wirkung weder von dem Arroganten vorgenommen, noch von der Obrigkeit bestättigt worden und er widerspreche geradezu, daß uneheliche Kinder welche ex damnato coitu entsprossen, gesetzlich je mit dem Effecte der Successions-Fähigkeit von ihrem unehelichen Vater arrogirt werden können.

Es sey daher ungerecht, daß ihn diese Kinder durch ihre fug- und stützenlosen Erbschafts-Ansprüche in der Übernehmung der ihm gesetzlich gebührenden Erbschaft, hinsichtlich deren er bereits am 30. Oct. 1831 schriftlich erklärt habe, daß er sie cum beneficio legis et inventarii angetreten haben wolle, zu hindern suchen, er sehe sich demnach genöthigt, gegen sie zu klagen, sofort zu bitten:

es wolle erkannt werden, daß er als der einzige rechtmäßige Erbe zu erklären und ihm folglich die ganze Erbschaftsmasse cum onere et commodo zu extradiren sey.

Würden aber auch die unehelichen Kinder des Erblassers per inconcessum nicht ganz von der Erbschaft auszuschließen und sie vielmehr als die rechtmäßigen Erben zu erklären seyn, so könnte sich dieses doch wenigst nicht auf das zur Verlassenschafts-Masse gehörige Gut K. und Zugehör erstrecken; denn hinsichtlich dieses Gutes erscheine er zugleich als haeres ex pacto, welches älter sey, als die Legitimation und Arrogation, ja selbst die Geburt der Beklagten, und welches, als per actum inter vivos errichtet, durch die

Geburt der unehelichen Kinder des Erblassers so wenig als durch die Legitimation und Arrogation derselben habe aufgehoben werden können.

Es sey nämlich bereits am 15. Januar 1795 zwischen ihm und seinem dermal verstorbenen Bruder ein pactum successorium reciprocum per actum inter vivos zu Stande gekommen, zufolge dessen in dem nun eingetretenen Falle, daß sein Bruder ohne Hinterlassung eines ehelichen Kindes sterbe, das Gut K. mit allen Ein- und Zugehörungen ihm eigenthümlich zufalle, so weit im entgegengesetzten Falle, daß nämlich er vor seinem Bruder gestorben wäre, das Gut U. demselben zugefallen seyn würde.

Im schlimmsten Falle nehme er daher das Erbrecht ex pacto in Beziehung auf das Gut K. sammt Zugehör in Anspruch und stelle demnach eventuel die weitere Bitte:

daß er hinsichtlich des Gutes K. als Erbe ex pacto erkannt und ihm daher dieses Gut mit allen Einrichtungen und Zugehörungen, so wie mit allen seit dem Tode seines Bruders percipirten Früchten nach Maaßgabe des Erb-Vertrages vom 15. Januar 1795 extradirt werden wolle.

Hiegegen legte der Anwalt der Beklagten folgende

Exception

ein:

Es sey unläugbar, daß am 27. September v. J. Aloys Graf von S. ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verordnung oder ad intestato gestorben sey, und daß demnach die gesetzliche Erbfolge eintrete; allein unwahr sey es, daß der Herr Erblasser ohne erbfähige Descendenten verstorben und daß daher Kläger der rechtmäßige Erbe des Defuncten sey.

Kläger gründe diese Behauptung und mittelst derselben seine Erbschafts-Ansprüche und Klage lediglich auf die Thatsache: daß die Kinder seines seel. Bruders ex damnato coitu herrühren und deßwegen nicht erbfähig seyen, bloß die alimenta necessaria fodern und keine Erbschafts-Ansprüche machen können.

Indessen zähle das Land-Recht Th. III. cap. 1. § 3. Nr. 4. nur die Geächteten, die zum Tode Verurtheilten, die Ketzer und Ungläubigen, die unzuläßigen Collegia und Confraternitäten, nebst den Mendicanten, Klöstern, welche nicht bonorum capaces seyen, zu den absolut Erbschafts-Unfähigen.

Seine Mandanten, welche sich unter keiner dieser Gattungen von Unfähigen befänden, und zu keiner dieser Classe gehörten, seyen demnach nicht absolut unfähig, irgend Jemanden zu beerben.

Kinder ex damnato coitu könnten zwar von ihrem Vater nicht per testamentum zur Erbschaft gerufen werden und erbten auch in ihrer Eigenschaft als *illegitimi* ihren Vater nicht; allein sie seyen von dem Rechte nicht ausgeschlossen, von dem natürlichen Vater arrogirt zu werden und als solche Adoptiv-Kinder in sämmtliche Rechte, wie die rechtmäßigen, natürlichen Kinder oder wie die legitimi einzutreten, wenn der leibliche Vater die väterliche Gewalt auf andere Art über sie nicht erlangen könne, und wenn die Arrogation nach gepflogener Untersuchung nicht nur dem Arrogirten für nützlich erkannt, sondern auch obrigkeitlich und vormundschaftlich bestättigt worden sey, welches Alles in dem vorliegenden Falle nicht nur vollständig bereinigt, sondern wofür noch zu allem Überflusse die allerhöchst landesherrliche Bestättigung besonders erholt worden sey.

Seine Mandanten nähmen die Erbschaft weder ex testamento noch ex fideicommisso, weder mittels eines Legats, noch aus einer Schankung von Todes wegen, weder als leibliche noch als legitimirte Kinder, sondern lediglich als die Wahlkinder, als liberi arrogati des Wahlvaters in Anspruch, und in dieser Hinsicht hätten sie die gerechtesten Ansprüche auf die volle Beerbung des ganzen Rücklasses ihres Wahlvaters Aloys Graf von S.

Das factum arrogationis erweise sich aus den hierüber im Jahre 1826 ventilirten Acten; dieselben erschöpften Alles, was man nach dem Gesetze zu einer giltigen Arrogation fodern könnte.

Der Gegenstand sey mit aller Umsicht und nach den strengsten Grundsätzen untersucht, die ungemeine Wichtigkeit und der für die zu arrogirenden Kinder hieraus entspringende Nutzen wohl erwogen und geprüft, die Einwilligung des Vormunds erholt und ertheilt, und nicht nur die gerichtliche und obervormundschaftliche Genehmigung am 7. März 1826 ertheilt, sondern diese sogar der allerhöchsten Bestättigung selbst unterstellt worden, welche auch am 26. Mai 1826 erfolgt sey.

Es lasse sich in formeler Hinsicht gegen die ganze Verhandlung nicht das Mindeste einwenden, in materieler Hinsicht aber spreche das Gesetz ganz deutlich: daß der Arrogatus mittels der Wahlkindschaft unter die väterliche Gewalt trete, und aller Rechte und Pflichten theilhaftig werde, wie andere rechtmäßig natürliche Kinder.

Cod. civ. P. I. cap. 5. § 10. Nr. 7. et in not. Nr. 7 et 8. et P. III. cap. 12. § 2. Nr. 6.

Es unterliege demnach nicht dem mindesten Zweifel, daß die Wahlkinder, als Descendenten oder Verwandte des ersten Grades, die Seitenverwandten von der Erbschaft ausschließen. Wenn daher seine Mandanten wirklich ex damnato coitu abstammen sollten und als solche, d. h. als filii naturales nicht zur Erbschaft berufen seyen, so seyen sie doch nur relativ, nicht absolut zur Succession unfähig, und deßwegen könnten sie durch die Arrogation, ohne Unterschied, ob sie extranei oder uneheliche seyen, die nämlichen Erbrechte erlangen, wie wenn sie rechtmäßige und eheleibliche Kinder des Wahlvaters wären, indem auch die ex damnato coitu hievon nicht ausgeschlossen seyen.

Die Ansicht des Klägers sey offenbar falsch, weil er die gesetzlichen Rechte der arrogirten Kinder nicht zu kennen scheine, und den sehr erheblichen Unterschied zwischen absoluter und relativer Erbschafts-Unfähigkeit unbeachtet lasse. Könnten Kinder ex damnato coitu in gar keiner Beziehung erben, so müßten sie unter den absolut Erbschafts-Unfähigen aufgezählt worden seyn. Dieses sey aber nicht nur der Fall nicht, sondern der Gesetzgeber habe vielmehr die unehelichen

Kinder in sensu latiori, ohne Ausschluß der aus verdammter Beiwohnung entsprossenen unter der Voraussetzung als arrogationsfähig erkannt, wenn der Vater die natürliche Gewalt über sie auf andere Art nicht erlangen könne.

Übrigens sey es klar und bedürfe keiner Erläuterung, daß die Wahlkinder ihre Ansprüche auf Beerbung des Wahl-Vaters ipso facto durch das Gesetz, und nicht erst durch den Act der gerichtlichen Bestättigung bekämen; denn der Richter könne ein gesetzliches Recht weder ertheilen und einräumen, noch entziehen, sondern er ertheile bloß demjenigen Vertrage, welcher das gesetzliche Erbrecht des Wahlkindes in den Rücklaß des Wahlvaters als nothwendige Folge hervorbringe und hervorbringen müsse, die richterliche Genehmigung, welche in concreto bei dem offenbaren großen Nutzen, welcher für die gräflich v. S.'schen Kinder aus der Arrogation hervorgegangen, gar nie hätte verweigert werden können.

Kläger verwechsle die Wirkung der richterlichen Bestättigung, welche letztere nur die Bedingung sey, ohne welche man sich der Wirkung des Gesetzes nicht erfreuen könnte.

Sey die richterliche Bestättigung erfolgt, so habe der Arrogirte ipso facto das Erbrecht in dem Rücklasse des Wahlvaters erlangt, und der Richter könne ihm dieses Recht nicht nehmen. Dieses sey auch nicht in der Absicht des stadtgerichtlichen Beschlusses vom 7. März 1826 gelegen, sondern das königl. Kreis- und Stadtgericht habe hiebei nur beurkundet, daß es bei der Arrogations-Bestättigung noch nicht als Justiz-Behörde in contentiosis, sondern nur als Notariats-Behörde gehandelt und nicht beabsichtigt habe, streitige Rechtsverhältnisse zu entscheiden, wozu es dortmals, wo noch keine Klage vorgelegen, auch noch nicht veranlaßt gewesen sey; denn, wo kein Kläger, da ist kein Richter. In Folge dieser Erklärung der Notariats-Behörde könne er zwar der Klage die exceptionem rei judicatae noch nicht entgegensetzen, und dieses sey die einzige rechtliche Wirkung jener Clausel; allein er könne auf den Grund der gerichtlich bestättigten Arrogation die Abweisung des Klägers mit Recht fodern, nam adoptio imitat naturam, und als Wahlkinder

seyen seine Mandanten die einzigen Erben und nächsten Verwandten ihres Wahlvaters.

Was aber die Absicht des Wahlvaters betreffe, so sey diese in seinen gerichtlich eingereichten Erklärungen, insbesondere in jener vom 8. und 20. Februar 1826 so deutlich enthalten, daß er hierüber kein Wort weiter zu verlieren brauche. Hätte sich aber der Wahlvater hierüber auch gar nicht ausgesprochen, so würde doch nur das Gesetz allein entscheiden, daß derjenige, welcher Jemanden arrogire, denselben ipso facto zu seinem Erben mache.

Eventuel fodere Kläger, daß ihm das zur Verlassenschafts-Masse gehörige Gut K. sammt Zugehör zuerkannt werden wolle, indem er auf selbes ex pacto Ansprüche mache, welche nach seiner Meinung die Ansprüche der Wahl-Kinder ausschließen.

Kläger gründe sein Recht auf den Familien-Fideicommiß-Vertrag vom 15. Jänner 1795; allein einerseits seyen die Familien-Fideicommisse schon längst gesetzlich aufgehoben, und hätten sich zu Gunsten ihrer bisherigen Besitzer in freies Eigenthum verwandelt, und andererseits sey insbesondere der Vertrag vom 15. Januar 1795 bloß für den Fall als giltig anzusehen, wenn einer der beiden contrahirenden Brüder ohne Hinterlassung von Kindern mit Tode abgehen sollte. Wenn nun auch Aloys Graf von S. in seinen beiden Ehen keine Kinder erzeugt habe, so treten doch nach dem Obigen seine Wahlkinder ganz in die Rechte der rechtmäßigen oder ehelichen Kinder, und schließen die Collateral-, so wie jede andere Erbfolge gänzlich aus.

In dem Vertrage heiße es sub Nr. 2., daß die beiden Güter U. und K. zur Eigenschaft zweier Stammgüter erhoben werden sollen. Vid. Annot. ad cod. civ. P. III. cap. 10. § 1. Nr. 2.; ferner in Num. 6.:

„Stürbe einer der beiden Brüder mit Hinterlassung eines oder mehrerer Söhne, so hört eo ipso die bis auf diesen Grad bestimmte Fideicommiß-Succession resp. Substitution dieser Linien unter sich auf — und bekommt der Sohn oder die Söhne das Fideicommiß, falls dessen

Vater nicht selbst ein fideicommissum novum creiren wollte, jure allodiali."

Dieser Vertrag stehe daher den Rechten der Beklagten in keiner Hinsicht entgegen und Kläger habe dieses selbst dadurch beurkundet, daß er im Eingange der Klage angeführt, sein Bruder sey ohne letztwillige Verordnung (wozu doch gewiß auch ein pactum successorium gehöre) gestorben.

Es rechtfertige sich daher die Bitte:

den Kläger mit der Klage in allen Theilen abzuweisen und den Aloys Graf von S.'schen arrogirten Kindern in dieser Eigenschaft als auf gesetzliche Weise adoptirten Wahlkindern des Erblassers, den ganzen Rücklaß desselben ausschließend zuzuerkennen.

Nachdem in der Re- und Duplik die streitenden Theile so ziemlich ihre früheren rechtlichen Ansichten wiederholt ausgeführt hatten, erließ das königl. Kreis- und Stadtgericht B. unterm 19. April 1833 folgendes

81.

Erkenntniß.

I. Franz Graf von S. sey mit seinen auf die Aloys gräfl. von S.'sche Verlassenschafts-Masse gemachten Erbsansprüchen abzuweisen;
II. die auf diesen Streit erlaufenen Gerichts-Kosten seyen zu compensiren.

Gründe.

Franz Graf von S. verlangt, daß ihm der Gesammt-Rücklaß seines Bruders Aloys Grafen von S., welcher am 27. Sept. 1831 ohne Hinterlassung einer letztwilligen Disposition gestorben sey, aus dem Grunde extradirt werde, weil weder Ascendenten, noch außer ihm ein Seitenverwandter

des Erblassers vorhanden sey; die außerehelichen Kinder des Defuncten aber, welche ihm diese Erbschaft streitig machen, ex damnato coitu entsprossen seyen, und als solche, ungeachtet sie von ihrem Vater per rescriptum principis zur Tilgung des Geburts-Fleckens legitimirt, und überdieß auch arrogirt wurden, durch das Gesetz von aller Erbfolge ihrer Ältern ausgeschlossen seyen.

Für den Fall, daß die Kinder rücksichtlich ihres Vaters als erbsfähig erkannt würden, prätendirte er das zur Verlassenschafts-Masse gehörige Gut K. cum omnibus pertinentiis als haeres ex pacto, da in dem zwischen ihm und seinem nunmehr verstorbenen Bruder am 15. Januar 1795 abgeschlossenen Erbs-Vertrage, welcher älter als die Geburt der in Frage stehenden Kinder sey, stipulirt worden ist, daß, wenn sein Bruder ohne Hinterlassung eines ehelichen Kindes sterbe, das Gut H. mit allen Zugehörungen und Einrichtungen ihm eigenthümlich zufallen solle.

Hiernach stellte er die weitere jedoch eventuele Bitte, ihm dieses Gut cum omnibus pertinentiis, so wie mit allen seit dem Tode des Erblassers abgefallenen Nutzungen zu extradiren.

Diese Klage ist als petitio haereditatis, als eine actio realis respect. mixta, nur gegen den Besitzer der streitigen Erbschaft angestellt worden; allein da nach dem General-Mandate vom 30. October 1767 sich Niemand mehr in den Besitz der Verlassenschaft setzen darf, außer sie wird ihm von der Obrigkeit extradirt, und in casu intestati, wie hier der Fall ist, die Erbschaft, so weit darüber gestritten wird, bis zur Austrag der Sache von der Obrigkeit sequestirt werden, und hiernach durante lite — possessio vacua bleiben muß, so kann sie auch gegen jeden Erbs-Prätendenten gebraucht werden.

Von Seite der Geklagten wurde nicht in Abrede gestellt, daß Aloys Graf v. S. ohne Hinterlassung einer letzwilligen Disposition mit Tod abgegangen, und daß der Kläger der zweibändige Bruder des Erblassers sey; eben so wenig konnte widersprochen werden, daß sie uneheliche und zwar ex damnato coitu entsprossene Kinder seyen. Allein die in Frage

stehende Erbschaft wurde von ihnen aus dem Grunde in Anspruch genommen, weil sie von dem Erblasser, ihrem leiblichen Vater arrogirt wurden, mittels welcher Arrogation sie in dessen väterliche Gewalt getreten, und aller Rechte und Pflichten, wie eheleibliche Kinder, theilhaftig geworden seyen, und sofort gesetzlicher Bestimmung nach ihren Wahlvater mit Ausschluß der Collateral-Linie beerben.

Sie verlangen den Gesammt-Rücklaß des Defuncten, weil der Vertrag vom 15. Januar 1795, auf dessen Grund Kläger sein Erbrecht in Ansehung des zur Nachlaß-Massa gehörigen Gutes K. cum pertinentiis stütze, ein Familien-Fideicommiß, und in solcher Eigenschaft ohne rechtliche Wirksamkeit sey, indem alle Familien-Fideicommisse durch das Edict vom 28. Juli 1808 als aufgehoben erklärt, und zu Gunsten ihrer damaligen Besitzer in freies Eigenthum verwandelt worden sind.

Aus dem bisherigen Vortrage erhellet, daß beide Parteien ihre factischen Behauptungen sich gegenseitig zugestanden haben, und daß also die Entscheidung gegenwärtiger Streitsache lediglich von der Lösung der beiden Rechtsfragen abhänge:

I. Ob die ex damnato coitu entsprossenen, aber von ihrem Vater arrogirten Kinder ein die Collateral-Linie ausschließendes Erbrecht auf die Verlassenschaft desselben haben?

II. Ob der Vertrag vom 15. Januar 1795 eine Familien-Fideicommiß oder was sonst sey, und welche rechtliche Wirksamkeit er auf vorliegende Rechtssache überhaupt äußere?

Ad I. § 1. Nach römischen Gesetzen konnten die ex damnato coitu entsprossenen Kinder weder ex testamento noch ab intestato von ihren leiblichen Ältern etwas erben; nicht einmal die nothwendigen Alimente konnten sie von ihnen verlangen. Allein da Alimente denegiren, und um das Leben bringen einerlei ist, so ließ das römische Recht hierin eine Moderation eintreten, mit welcher Moderation obige römische Gesetzes-Bestimmung in unsere vaterländische Gesetzgebung übergegangen ist.

Diese Erbs-Unfähigkeit erstreckt sich jedoch nur auf die ex damnato coitu entsprossenen Kinder und ihre Ältern;

andere Personen können sie allerdings sowohl ex testamento als ab intestato beerben, und in dieser Hinsicht konnten sie auch vom Gesetzgeber nicht unter den absolut Erbunfähigen aufgeführt werden.

Fragt man nach dem Grunde dieser wechselseitigen Erbs-Unfähigkeit, so findet man zwischen den übrigen Arten unehelicher Kinder und den ex damnato coitu Entsprossenen eine bedeutende Verschiedenheit. — Das Erbrecht jener ist einerseits nur zu Gunsten der ehelichen Kinder, andererseits aber in Ansehung des Vaters und der väterlichen Ascendenz darum mehr oder weniger beschränkt, weil außereheliche Kinder vom Gesetze so betrachtet werden, als hätten sie keinen Vater.

Die ex damnato coitu entsprossenen Kinder sind darum von aller Erbfolge ihrer Ältern ausgeschlossen, weil diese Art Blutsverwandtschaft von den Gesetzen ex odio libidinis verdammt ist, und eben darum kein Successions-Recht begründen kann.

Dieser Haß unsers vaterländischen Gesetzes gegen die ex damnato coitu entsprossene Kinder geht so weit, daß ihm nicht einmal die Legitimation etwas helfen kann, denn dergleichen Kinder sind in Ansehung ihrer Ältern erbsunfähig, sagt das Gesetz, sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen, nur in dem einzigen Falle, wenn die Erbschaft in Ermanglung aller Verwandten dem Fiscus heimfiele, ist ihnen ein Erbrecht gestattet.

§ 2. Es entsteht nun die Frage, welche Arten von Legitimation das Gesetz unter dem Beisatze:

„sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen,“

verstanden habe?

Erwägt man, daß das vaterländ. Gesetz nur zwei Arten von Legitimation anerkennt, näml. die legitimatio per rescriptum principis, und die legitimatio per subsequens matrimonium; und — erwägt man ferner, daß diese letztere Art von Legitimation durch eine ausdrückliche gesetzl. Bestimmung bei den ex damnato coitu hervorgegangenen Kindern untersagt ist; so ist zweifellos, daß mit obigem Beisatze nur die legitimatio per re-

scriptum principis, und wenn man auf das ältere Landrecht, welchem dieser Beisatz entstammt, zurückblickt, alle obrigkeitlichen Bestättigungen und Confirmationen hiemit gemeint seyen.

Daß aber Adoption überhaupt, und Arrogation insbesondere hierunter nicht verstanden seyn könne, geht um so deutlicher daraus hervor, weil Adoption keineswegs eine species legitimationis ist, wie Kläger glaubt; sondern Adoption und Legitimation vielmehr zwei verschiedene von einander unabhängige Rechts-Institute sind. —

Dieß beweist nicht nur

a) ihr Begriff;

denn Adoption, Wahlkindschaft ist jene Handlung, wodurch man Jemand an Kindesstatt annimmt, der es von Natur nicht ist; Legitimation aber ist diejenige Handlung, wodurch man unächte, aber leibliche Kinder ächt, d. i. legitim zu machen pflegt; sondern auch

b) ihre Wirkungen;

indem durch die Wahlkindschaft nicht jura sanquinis, durch die Legitimation aber alle Rechte ehelicher Kinder erlangt werden, in so ferne nicht wegen besonderer Verhältnisse eine speciele Ausnahme gemacht ist.

Endlich

c) das Gesetz selbst; denn bei Erlangung der väterlichen Gewalt werden drei Erwerbungs-Arten angegeben, nämlich die Ehe, die Legitimation und Adoption. — Würde Adoption als eine species legitimationis vom Gesetze betrachtet werden, so würde es diese eine species so wenig angeführt haben, als die übrigen beiden Arten von Legitimation, nämlich per subsequens matrimonium et per rescriptum principis.

§ 3. Die Adoption respect. Arrogation entstammt dem römischen Rechte, und ist nach demselben überhaupt nur ein subsidiäres Mittel die väterliche Gewalt zu erwerben, und bloß zum Behufe für diejenigen erfunden, welche sich keine Hoffnung auf leibliche Kinder mehr zu machen haben.

Von diesem nämlichen Grundsatze geht auch unsere vaterländische Gesetzgebung aus, und gestattet nur ausnahms-

weise, daß uneheliche Kinder von ihrem leiblichen Vater nur dann arrogirt werden können, wenn er die väterliche Gewalt über sie auf andere Art nicht erlangen kann.

Das Gesetz spricht hier von unehelichen Kindern überhaupt, d. i. es bezeichnet hiemit alle Arten unehelicher Kinder. Wo das Gesetz allgemein spricht, steht es dem Richter nicht zu, zu distinquiren.

Es schließt die ex damnato coitu entsprossenen Kinder nicht aus; denn läge das in der Absicht des Gesetzes, so hätte dieses ausdrücklich geschehen müssen, und es würde geschehen seyn auf die nämliche Art, wie es die liberi ex damnato coitu von der Legitimation per subsequens matrimonium ausgeschlossen hat.

§ 4. Durch die Arrogation erlangt nach bayerischem Rechte der Wahlvater die väterliche Gewalt über das Wahlkind, und tritt zugleich in alle jura activa et passiva ein, welche das Wahlkind vor der Arrogation gehabt hat. Dieses dagegen wird wie andere rechtmäßige Kinder aller jener Rechte und Pflichten theilhaftig, worüber der Wahlvater frei zu disponiren hat, und succedirt ihm sowohl ex testamento, als ab intestato, wie andere Kinder in bonis allodialibus. —

Da nun nach dem Gesetze die ex damnato coitu hervorgegangenen Kinder von ihrem Vater arrogirt werden dürfen, so müssen sie auch aller jener Rechte theilhaftig werden können, welche die Arrogation mit sich bringt; denn wo die Gesetze eine Handlung erlauben, da gestatten sie auch alle damit verbundenen Rechte.

Die gesetzliche Bestimmung, wornach die ex damnato coitu entsprossenen Kinder von aller älterlichen Erbsfolge ausgeschlossen sind, sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen, steht hier nicht im Wege, denn nicht aus der natürlichen Verwandtschaft, welche zwischen den ex damnato coitu hervorgegangenen Kindern gesetzlich verbannt, mithin als nicht existent zu betrachten ist, also kein Erbrecht geben kann, sondern aus der bürgerlichen Verwandtschaft, welche durch

Arrogation zwischen Wahlvater und Wahlkind entsteht, wird dieses Erbrecht begründet.

Eben darum, weil durch Wahlkindschaft eine bürgerliche Verwandtschaft, und hiemit die Erbfolge erzeugt wird; ebendarum hat das Gesetz erlaubt, und mußte es erlauben, wenn es mit sich nicht selbst in Widerspruch kommen wollte, daß auch die ex damnato coitu entsprossenen Kinder von ihrem Vater arrogirt werden können.

Wäre dieses nicht der Fall, so würde es einem solchen Vater, gleich allen denjenigen, welche keine väterliche Gewalt erlangen können, die Arrogation untersagt haben.

Mit eben dem Rechte, womit man den liberis ex damnato coitu die Erbrechte in Ansehung ihres Wahlvaters anstreitet, mit dem nämlichen Rechte könnte man dem Wahl-Vater die väterliche Gewalt difficultiren; denn durch dieselbe erlangt er nicht nur Nutznießungs- und Administrations-Recht an dem peculio adventitio regulari seiner Kinder, sondern auch ein Erbrecht auf dieselben, so ferne sie nicht als Minderjährige mit Tod abgehen.

Wenn man aber die väterliche Gewalt mit ihren Wirkungen und das wechselseitige Erbrecht von der Arrogation hinwegnimmt, so bleibt außer dem blossen Namen nichts mehr übrig.

Daß aber der Gesetzgeber die ex damnato coitu entsprossenen Kinder nur dem Namen nach zu arrogiren erlaubt habe, läßt sich, als mit der Würde des Gesetzes unvereinbar, nicht vermuthen.

Endlich liegt gerade darin, daß die Arrogation eines unehelichen Kindes weniger Rechte, als die legitimatio per subsequens matrimonium begründet, die Unstatthaftigkeit des kläger'schen Schlusses, daß nämlich liberi ex damnato coitu, weil sie per subsequens matrimonium nicht legitimirt werden können, noch weniger durch Arrogation die Erbfähigkeit erlangen könnten.

Aus der bisherigen Deduction ergibt sich also, daß die ex damnato coitu entsprossenen Kinder von ihrem leiblichen Vater nicht nur arrogirt werden können, sondern daß sie

rücksichtlich ihres Wahlvaters auch als erbsfähig erkannt werden müssen, wenn sie wirklich in gesetzlicher Form arrogirt worden sind.

§ 5. In vorliegender Sache hat Aloys Graf von S. außer der legitimatio per rescriptum principis zur Tilgung des Geburts-Fleckens ausdrücklich in seinem Exhibite vom 20. Februar 1826 um Adoption seiner außerehelichen Kinder Behufs ihrer Erbfähigkeit nachgesucht.

Dieses Gesuch wurde vom dießseitigen Gerichte mit aller Umsicht gesetzlicher Ordnung nach instruirt; es wurde sowohl die Einwilligung der leiblichen Mutter der zu arrogirenden Kinder, als des Vormundes derselben erholt, und da von ihnen die vorzunehmende Arrogation gut geheißen, und für die Kinder sehr nutzbar erkannt wurde, so ist diese Arrogations-Handlung durch Gerichts-Beschluß vom 7. März 1826 nicht nur obrigkeitlich bestättigt, sondern durch allerhöchstes Rescript vom 26. Mai 1826 auch vom Landesherrn genehmigt worden.

Die Bemerkung, welche der Arrogations-Bestättigung in dem erwähnten Beschlusse vom 7. März 1826 mit den Worten beigefügt wurde:

„Hierbei wird jedoch dem Grafen von S. bemerkt, daß „man lediglich die Arrogation genehmigen, über die „Folgen derselben aber, insbesondere darüber, ob durch „sie eine Erbfähigkeit der drei unehelichen Kinder erwirkt werde, welche Frage einst den Gegenstand eines „Rechtsstreites bilden kann, zur Zeit keinen Ausspruch „erlassen könne,“

ist keineswegs so zu verstehen, als obhie durch die Erbsfähigkeit der Wahlkinder vom Gerichte in Zweifel gezogen worden wäre, sondern diese Bemerkung wurde, da das Gericht sowohl bei Instruirung als bei Bestättigung der Arrogation nur einen actus jurisdictionis voluntariae vorgenommen hat, und in solcher Eigenschaft keineswegs die Befugniß hatte, sich über die Wirkungen und Folgen der in concreto vorgenommenen Arrogation auszusprechen, dem Aloys Grafen v. S. nur darum gemacht, weil er ausdrücklich in seinem

Exhibite vom 20. Febr. 1826 um die Erbschaft seiner außerehelichen Kinder nachgesucht hat, deren Bestättigung aber aus den so eben angeführten Gründen nicht ertheilt werden konnte.

In gleicher Art wurde durch die landesherrliche Genehmigung der Arrogation lediglich nur diese als solche genehmiget; über die Folgen derselben aber, namentlich über das wechselseitige Erbrecht kein Ausspruch gethan, sondern diese Rechtsfrage seiner Zeit der richterlichen Judicatur überlassen.

Und obwohl dem Landesherrn nach dem Mandate vom 27. August 1776 die Befugniß zukommt, die ex damnato coitu entsprossenen Kinder quoad effectum successionis zu legitimiren, so konnte im vorliegenden Falle dieses doch deßhalb nicht geschehen, weil Aloys Graf von S. darum nicht ausdrücklich nachgesucht hat, sondern die Erbsfähigkeit seiner Kinder nur durch die Arrogation zu erzielen suchte. Dieses geht deutlich aus dem Exhibite vom 20. Febr. 1826 hervor, worin Aloys Graf von S., obgleich er der irrigen Ansicht war, daß die Erbsfähigkeit seiner außerehelichen Kinder nur durch ein eigenes rescriptum principis erlangt werden könne, doch auch die Erbsfähigkeit in Form der Adoption beabsichtigte.

Daß aber das Mandat vom 26. Aug. 1776 nur darum erlassen sey, weil früher nach cod. civ. P. III. die ex damnatu coitu entsprossenen Kinder auf keine Weise erbfähig gemacht werden konnten, und daß, wenn durch Arrogation solcher außerehelicher Kinder deren Erbsfähigkeit hätte erwirkt werden können, genannte neuere Verordnung resp. Mandat überflüßig gewesen wäre, ist offenbar falsch; denn durch dieses Mandat wollte der Gesetzgeber einestheils der Härte, welche im Gesetze lag, abhelfen, anderntheils aber auch von seiner dispensirenden Befugniß Gebrauch machen, in so weit dadurch die Rechte eines andern nicht gekränkt werden.

Dieses Mandat wurde vielmehr zu Gunsten solcher Individuen erlassen, welche die Erbsfähigkeit ihrer ex damnato coitu entsprossenen Kinder durch die Arrogation nicht bewirken können, weil sie überhaupt unfähig sind, zu arrogiren,

z. B. Weibspersonen, Individuen, welche selbst noch unter väterlicher Gewalt stehen u. dergl.

Diejenigen aber, welchen, ihre unehelichen Kinder zu arrogiren erlaubt ist, bedürfen dieser Gesetzes-Novelle nicht, weil sie ja durch Arrogation ihnen das Erbrecht verschaffen können.

Aus diesem Grunde wurde von der Landesherrschaft lediglich die Arrogation genehmigt, und durch diese Genehmigung ist sie unantastbar geworden, wenn sie auch nicht rite gepflogen wäre.

Die Einwilligung der Agnaten ist nach bayer. Rechte nicht erfoderlich, weil durch die Arrogation weder Familien- noch Agnations-Rechte erlangt werden, mithin ein Präjudiz für dieselben aus der Arrogations-Handlung nicht erwachsen kann.

Welche Beschaffenheit es aber mit dem hier in Anregung gebrachten Erbvertrage vom 15. Januar 1795 habe, und ob durch denselben die vorgenommene Arrogation in ihren Wirkungen beschränkt wurde, wird unten Nr. II. ausgeführt werden.

Die kläger'sche Behauptung endlich, daß Kindern aus verdammter Geburt weder durch letztwillige Dispositionen, noch durch Schankung unter Lebendigen von ihren Ältern mehr als der bloße Unterhalt zugewendet werden könne, ist, wie bereits erwähnt, allerdings richtig; allein falsch ist der hieraus abgeleitete Schluß, daß der Vater auch durch Arrogation deren Erbrecht an seinen Nachlaß nicht begründen könne; denn letztwillige Dispositionen und Schankungen unter Lebendigen sind einseitige, Arrogationen aber, da sie beiderseits Rechte und Pflichten, auch ein wechselseitiges Erbsrecht begründen, sind zweiseitige Rechts-Geschäfte.

§ 6. Aus der bisherigen Rechts-Deduction, worin die beiderseits vorgebrachten Behauptungen und Folgerungen theils ihre Widerlegung, theils ihre Berichtigung finden, geht nun deutlich hervor, daß die ex damnato coitu entsprossenen Kinder arrogirt werden können, und daß sie, wenn sie wirk-

lich von ihrem Vater rite arrogirt worden sind, hiedurch ein wechselseitiges Erbrecht erlangen.

Eben so deutlich geht daraus hervor, daß in concreto die in Frage stehenden Kinder wirklich und rite arrogirt worden sind, und hiemit Successions-Rechte ihres Wahl-Vaters erlangt haben. Da nun nach cod. civ. P. III. cap. 12. § 2. Nr. 6. die Wahlkinder mit den Eheleiblichen zugleich erben; sohin ein die Collateral-Linie ausschließendes Erbrecht auf den Rücklaß ihres Vaters haben, so muß die sub Nr. I. aufgestellte Rechtsfrage affirmativ dahin beantwortet werden, — daß die ex damnato coitu entsprossenen, aber von ihrem Vater arrogirten Kinder ein die Collateral-Linie ausschließendes Erbrecht auf die Verlassenschaft desselben haben.

Ad II. Eventuel gründet Kläger seine Erbschafts-Ansprüche auf den Vertrag vom 15. Januar 1795 mit der Behauptung, daß dieser Vertrag ein pactum successorium inter vivos sey, inhaltlich dessen ihm das zur Verlassenschafts-Masse gehörige Gut K. cum omnibus pertinentiis zustehe.

Die Natur und Eigenschaft jenes Vertrages kann nur aus dessen Inhalt richtig beurtheilt werden.

Nach demselben sind

1. Sub Nr. 2. die beiden Güter K. und U. mit ihren Pertinentien zu der Qualität und Eigenschaft zweier besonderer Stammgüter erhoben.

2. Sub Nr. 3. darf keines der Güter mit anderweitigen Schulden onerirt werden, als welche bereits stipulirt worden sind.

3. Sub Nr. 6. ist ausdrücklich gesagt, daß durch diesen Vertrag ein fideicommissum ad primum gradum restrictum constituirt seyn soll. Dem zu Folge wurde

4. Sub lit. A. der Erbfolge halber bestimmt, daß, wenn einer der Contrahenten ohne eheliche Descendenten mit Tod abgehen, das Gut des Verlebten auf den Überlebenden jedoch mit allen Lasten übergehen solle.

5. Sub lit. B. ist festgesetzt, daß, wenn einer der Contrahenten bei seinem Absterben nur Töchter hinterlassen solle, auf der andern Seite aber noch der ursprüngliche Contrahent

oder eine männliche Descendenz desselben vorhanden wäre, sämmtliche Töchter die Summe von 100,000 fl. erhalten sollen, wovon die eine Hälfte dem Vater zu seiner Disposition verbleiben, die andere Hälfte aber unter die vorhandenen Töchter dergestalt zu vertheilen sey, daß die treffenden Portionen, im Falle sie unverehelicht stürben, ad massam des Herauszahlers zurückfielen.

6. Sub lit. C. ist stipulirt: Stürbe einer der Contrahenten mit Hinterlassung eines oder mehrerer Söhne, so hört die bis auf diesen Grad bestimmte Fideicommiß-Succession resp. Substitution dieser Linien unter sich auf und bekommt der Sohn oder die Söhne das väterliche Fideicommiß, falls dessen Vater nicht selbst ein fideicommissum novum creiren wollte, jure allodiali; jedoch gegen Beobachtung dessen, was gegen Edelmanns-Freiheit verzichtete Töchter sowohl wegen ihren Unterhalt, als Aussteuer juris patrii ist ꝛc.

Erwägt man nun, daß gesetzlicher Bestimmung nach ein Familien-Fideicommiß per actum inter vivos constituirt werden könne, und es lediglich in der Willkühr der Constituenten liege, wie weit die fideicommissarische Succession sich erstrecken soll.

Erwägt man, daß im Texte des fraglichen Vertrages ausdrücklich gesagt ist, daß ein Fideicommissum ad primum gradum restrictum errichtet seyn solle, und die Benennung Fideicommiß noch öfter darin sich wiederholt.

Erwägt man ferner, daß diese Güter mit anderweitigen Schulden, als denen, welche schon im Vertrage benannt sind, nicht belastet werden dürften, und daß die rücksichtlich der Erbfolge aus diesem Vertrage ausgehobenen Puncte dahin abzielen, daß beide Stammgüter bei dem gräflich von S.'schen Stamme erhalten werden sollen, und eben darum die Söhne vor den Töchtern der beiderseitigen Linien gegen eine Abfindungs-Summe, welche sogar bei ihren kinderlosen Absterben wieder an den gräflich von S.'schen Hauptstamm zurückfallen solle, zur Erbfolge gerufen seyen; — so kann unter Hinblick auf das Gesetz kein Zweifel übrig bleiben, daß von den Contrahenten durch fraglichen Vertrag, wenn nicht

ein Familien-Fideicommiß, doch sicher eine fideicommissarische Substitution beabsichtiget, und diese Absicht theils mit ausdrücklichen Worten, theils stillschweigend durch die darin festgesetzten Bestimmungen, besonders rücksichtlich der Erbfolge an den Tag gelegt worden sey.

Durch das Edict vom 28. Juli 1808 sind alle Geschlechts-Fideicommisse der adelichen und nicht adelichen Familien des Königreiches als aufgehoben erklärt worden, und das Edict vom 22. December 1811 (über die bisherigen adelichen Familien-Fideicommisse und künftige Majorate) spricht, obiges Edict erläuternd, aus, daß durch dasselbe nicht nur alle Geschlechts-Fideicommisse, sondern auch alle übrigen fideicommissarischen Substitutionen, wie sie immer beschaffen seyn mögen, im Allgemeinen für erloschen anzusehen sind, und zwar, ohne eine Ausnahme bei den, durch Vertrag begründeten, fideicommissarischen Substitutionen zu machen.

Hiernach haben schon am Tage der Publication der genannten Tage alle Substitutions-Rechte der durch die vormaligen Fideicommiß-Substitutionen berufenen eigentlichen Fideicommiß-Folger aufgehört; und die bis dahin bestandenen Fideicommiß-Massen haben sich ausschließlich für ihre damaligen Besitzer in freies Eigenthum verwandelt.

Da nun nach dem Erscheinen des Edictes vom 26. Mai 1818 eine Erneuerung der seit 1808 erloschenen fideicommissarischen Substitutionen nicht erfolgt ist, so ist klar, daß der in Frage stehende Vertrag vom 15. Januar 1795 in vorliegender Streitsache ohne alle rechtliche Wirksamkeit ist, und mithin dem Kläger auf das zur Verlassenschafts-Masse gehörige Gut K. cum pertinentiis kein Erbrecht zusteht.

Das Gesammt-Resultat der bisherigen Rechts-Deduction ist demnach, daß dem Kläger auf die Aloys gräflich v. S.'schen Nachlaß-Masse weder überhaupt, noch auf das hiezu gehörige Gut K. cum pertinentiis Erbs-Ansprüche zustehen; mithin derselbe mit seiner Klage abzuweisen sey. Da der Kläger im schlimmsten Falle nur abgewiesen, in keinem Falle aber dem Beklagten zu irgend einer Leistung

verurtheilt werden kann, so konnte der Exceptions-Bitte des königl. Advokaten Z., wornach den Aloys Graf von S.'schen Kindern der in Frage stehende Rücklaß ausschließend zuerkannt werden sollte, nicht statt gegeben werden.

Die Sentenz war daher in der Art, wie geschehen, abzufassen, und von der gewöhnlichen Formel-Entbindung des beklagten Theiles von der Klage — deßhalb Umgang zu nehmen, weil die Beklagten nicht in dem Besitze der eingeklagten Sachen sind.

Die Kosten-Compensation rechtfertiget sich aus dem Grunde, weil es sich hier um Lösung einer sehr controversen Rechtsfrage gehandelt hat, und demnach der Kläger allerdings eben so viel Grund zum Streiten hatte, wie die Beklagten.

Da die Rechts-Ansichten, welche Appellant in seiner Berufungs-Schrift ausführte, von dem Oberrichter gewürdiget wurden, und in dessen Bescheid aufgenommen sind, so rücke ich sogleich das

82.

Erkenntniß IIdae

ein, inhaltlich dessen ausgesprochen wurde:

1. Die Beklagten seyen schuldig, den Kläger als Intestat-Erben des verlebten Grafen Aloys v. S. anzuerkennen, demselben sofort den unter gerichtlicher Administration befindlichen sämmtlichen Nachlaß des Letztern vorbehaltlich ihrer Ansprüche auf den Unterhalt hieraus, verabfolgen zu lassen.
2. Die Kosten I. und II. Instanz werden compensirt.

Gründe.

Franz Graf v. S. verlangt im Wege gerichtlicher Klage a) die Verabfolgung des ganzen unter gerichtliche Administration gesetzten Nachlasses seines ohne letztwillige Verord-

nung verstorbenen Bruders Aloys Graf von S. aus dem Grunde, weil er in Ermanglung von erbfähigen Descendenten, dann von Ascendenten und anderwärtigen Seitenverwandten in seiner Eigenschaft als zweibändiger Bruder des Verlebten zunächst und ausschließend zur gesetzlich eintretenden Intestat-Erbfolge berufen sey,

b) eventuel die Extradition des zu dieser Nachlaß-Masse gehörigen Gutes K. auf den Grund eines mit dem Erblasser am 15. Januar 1795 abgeschlossenen Erb-Vertrages in seiner Eigenschaft als haeres ex pacto.

Beide Klags-Ansprüche werden von den drei außerehelichen jedoch per rescriptum principis legitimirten und überdieß arrogirten Kindern des Erblassers bestritten, und Franz Graf von S. wurde mit diesen erhobenen Erbschafts-=An-sprüchen nach verhandelter Sache durch Erkenntniß des kön. Kreis- und Stadtgerichts B. vom 19. April v. J. abgewiesen.

Hiedurch findet sich derselbe beschwert, und verlangt in seinem sub praes. 22. Juni v. J. eingereichten Berufungs-Libelle reformando seiner principalen oder wenigst eventuelen Klags-Bitte gemäß zu erkennen.

Von beiden nunmehr zur oberrichterlichen Entscheidung vorliegenden Beschwerden ist vor Allem die auf die Principal-Klage gerichtete zu würdigen, weil sie in Absicht auf die eventuele Beschwerde von präjudicieler Natur ist, indem sie im Falle befundener Grundhaltigkeit eine Entscheidung über die eventuele Beschwerde überflüßig macht. — In Absicht auf die vorliegende principale Klage und Beschwerde kömmt nun vor Allem zu bemerken: In factischer Hinsicht liegt unter den streitenden Theilen nirgends ein streitiges Rechts-Verhältniß vor. Es steht nämlich durch beiderseitiges Zugeständniß fest, daß sich's dermalen um die Beerbung des verlebten Grafen Aloys v. S. ab intestato handle, ferner daß Kläger, welcher diese Erbschaft ab intestato in Anspruch nimmt, der zweibändige Bruder des Erblassers sey, welcher als solcher in Ermanglung näherer Anverwandten zur Intestat-Erbfolge gesetzlich berufen ist; endlich ist nach der dermaligen Actenlage als unbestritten anzusehen, daß die beklag-

ten S.'schen Kinder, welche die Erbschafts-Ansprüche des Franz Grafen von S. bestreiten, außereheliche und zwar ex damnato coitu entsprossene Kinder des Erblassers seyen, welche übrigens, was nach Ausweis der Voracten, worauf sich beide Theile in den Verhandlungen ausdrücklich bezogen haben, außer Zweifel ist, nicht nur eine landesherrliche Legitimation zur Tilgung des Geburts-Fleckens, sondern auch eine obrigkeitlich und landesherrlich bestättigte Arrogation für sich haben, denn in der Klage wird den belangten S.'schen Kindern mit der ausdrücklichen Behauptung, daß sie außereheliche und ex damnato coitu entsprossene Kinder des Erblassers seyen, in Absicht auf ihre Erbfähigkeit quaestio status gemacht. Die Beklagten haben diese ihre persönliche Integrität auf das Empfindlichste angreifende Behauptung excipiendo nicht direct widersprochen, obgleich sie hiezu nach der Natur der Klage und des gegen sie gemachten persönlichen Angriffes dringend aufgefodert waren. — In den Entscheidungs-Gründen zur gravirlichen Sentenz wird überdieß ausdrücklich angeführt, daß die erwähnte Behauptung als nicht widersprochen anzusehen sey, wogegen in der Appellations-Nebenverantwortung de praes. 13. Juli v. J. weder ein specieler Widerspruch, noch Verwahrung von den Beklagten eingelegt wurde. Im Gegentheile haben die Beklagten obige Behauptung des Klägers in der erwähnten Neben-Verantwortung sogar ausdrücklich und speciel dahin eingestanden, daß sie vom verlebten Aloys Grafen von S. im Ehebruche erzeugt worden seyen, wie aus nachfolgenden Stellen der Nebenverantwortung klar erhellet. „Form. gleichwie durch die Legitimation der Flecken der Geburt getilgt wurde, eben so verloren die arrogirten Kinder durch den Act der Arrogation die Eigenschaft von — ex damnato coitu erzeugten Kindern.“ In einer weitern Stelle führt der Vertreter der Beklagten als Grund ihrer Erbfähigkeit an: „form. weil meine Mandanten nicht in der abgestreiften Eigenschaft im Ehebruche erzeugter Kinder, sondern in ihrer verjüngten legitimen Gestalt, als Wahlkinder des Erblassers auftreten.“ Diesem Allen nach muß in factischer Hinsicht als unbestritten

angenommen werden, daß die beklagten S.'schen Kinder außerehelich, und zwar aus verdammter Geburt entsprossen seyen, indem die im Ehebruch erzeugten Kinder nach cod. civ. P. I. cap. 3. § 2. Nr. 6. et in notis Nr. 6. den Kindern ex damnato coitu beigezählt werden. Hiedurch ist zugleich das exceptivische Vorbringen der Beklagten in Betreff der mangelhaften Substanzirung der Klage, welche übrigens in ihrer Eigenschaft als haereditatis petitio gehörig substanzirt erscheint, und nur einigermassen darin etwas mangelhaft ist, daß man die Angabe des Factums, wodurch die behauptete verdammte Geburt der Beklagten begründet seyn soll, vermißt, als beseitiget anzusehen.

Bei den sofort vorliegenden allenthalben unstreitigen factischen Rechts-Verhältnissen dreht sich der ganze dermalige Rechtsstreit in dem Anbetrachte, daß die Beklagten ihr Widerspruchsrecht gegen die erhobenen Klags-Ansprüche, einzig und allein aus der ihnen zur Seite stehenden obrigkeitlichen und landesherrlichen bestättigten Arrogation ableiten, die rechtsverbindliche Kraft derselben aber vom Kläger überhaupt als insbesondere in Absicht auf die hiedurch zu begründende Erbfähigkeit in Abrede gestellt wird, um die Lösung folgender Fragen, welche nach der dermaligen Actenlage noch als einzig und allein streitig anzusehen sind, wobei nur allein das bayer. Recht als Entscheidungs-Quelle zu betrachten ist.

I. Können liberi ex damnato coitu procreati von ihrem natürlichen Vater giltig arrogirt werden? und konnte dieß in Ansehung der Beklagten insbesondere in concreto giltig geschehen?

II. Sind derlei arrogirte Kinder fähig, ihren natürlichen Vater ab intestato beerben zu können?

III. Wurde diese Erbfähigkeit für die Beklagten allenfalls durch den von ihrem Vater nachgesuchten, und auch erwirkten Hinzutritt der landesherrlichen Genehmigung ihrer Arrogation erzeugt?

Ad I. Die oben aufgestellte Frage muß unbedingt bejaht werden. Es verordnet nämlich das hier allein entscheidende bayer. Landrecht P. I. cap. 5. § 10. Nr. 5., daß uneheliche

Kinder überhaupt, worunter nach Cod. civ. P. I. cap. 3. § 2. Nr. 6. die illegitimi naturales, dann die spurii, und endlich die ex damnato coitu procreati als Unter-Arten begriffen sind, von ihrem leiblichen Vater nur dann nicht arrogirt werden können, so lange er die väterliche Gewalt auf andere Art über sie erlangen kann. Das hier statuirte Verbot der Arrogation beschränkt sich daher nur auf solche uneheliche Kinder, bei denen die Erlangung der Vatergewalt über sie auf andere Art, das heißt auf dem die Regel bildenden natürlichen Wege des ehelichen Bandes noch möglich ist, was der subsidiarischen Natur der Arrogation vollkommen entspricht.

Dieses ist einzig und allein der Fall bei liberis illegitimis naturalibus, über welche nur allein nach Cod. civ. P. I. cap 5. § 8. Nr. 3. die Vatergewalt auf natürlichem Wege nämlich per subsequens matrimonium erlangt werden kann.

Aus der Beschränkung des Verbotes der Arrogation auf solche uneheliche Kinder, über die man noch auf andere Art die Vaterschaft erlangen kann, folgt von selbst, daß die Arrogation in Ansehung der beiden noch übrigen Arten der unehelichen Kinder, bei denen die Erlangung der Vatergewalt auf ordentlichem Wege nämlich per subsequens matrimonium nach Cod. civ. P. I. cap. 5. § 8. Nr. 3. gesetzlich ausgeschlossen ist, sohin die Voraussetzung des allegirten Prohibitiv-Gesetzes gar nicht eintreten kann, gesetzlich zuläßig seyn müsse.

Überdieß sagen die Anmerkungen zum Cod. civ. P. I. cap. 5. § 9. Nr. 3., wo von der landesherrlichen Ertheilung der väterlichen Gewalt über uneheliche Kinder, mithin von einem mit der Arrogation der unehelichen Kinder verwandten Institute die Rede ist, sogar ausdrücklich, daß weder spurii noch ex damnato coitu procreati von der legitimatio per rescriptum principis mit dem Effecte der väterlichen Gewalt ausgeschlossen seyen.

Hätte der Gesetzgeber die Arrogation unehelicher Kinder aus verdammter Geburt verbieten wollen, so hätte er dieses als eine speciele weitere poena damnatae libidinis im § 10. Nr. 5. loc. cit. mit ausdrücklichen Worten eben so statuiren

müssen, als er dieß im vorhergehenden § 8. bei der legitimatio per subsequens matrimonium und gelegenheitlich der Regulirung der testamentarischen und der Intestat-Erbfolge cod. civ. P. III. cap. 3. § 13. und cap. 12. § 2. Nr. 10. wirklich gethan hat.

Daß aber eine solche Entziehung der Vatergewalt in poenam damnatae libidinis nicht in der Absicht des Gesetz-Gebers gelegen seyn könne, geht selbst aus der Bestimmung des P. I. cap. 5. § 9. Nr. 3. hervor, indem hier unter den daselbst bezeichneten Voraussetzungen die landesherrliche Ertheilung der väterlichen Gewalt über alle unehelichen Kinder und zwar, wie die Anmerkungen sagen, mit Einschluß jener ex damnato coitu zugesichert wird.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß Kinder aus verdammter Geburt allerdings von ihrem Vater giltig arrogirt werden können. Dem Rechtsbestande einer solchen Arrogation steht auch die Erwägung nicht entgegen, daß, wie bei Beantwortung der folgenden Frage gezeigt werden wird, derlei arrogirten Kindern die Fähigkeit, ihren Vater zu beerben, gesetzlich entzogen ist, dieselben sohin einer hauptsächlichen Wirkung der Arrogation, nämlich der den arrogirten, eben so den ehelich erzeugten Kindern gesetzlich eingeräumten Erbfolge in das Vermögen ihrer Ältern nicht theilhaftig werden können; denn dieser entzogenen specielen Wirkung ungeachtet bleibt das Wesen der Arrogation noch immer aufrecht. Die Wesenheit einer Arrogation besteht nämlich in der Erlangung der patria potestas civilis über solche Personen, über welche man eine solche außerdessen auszuüben nicht berechtiget ist.

Die mittels Arrogation zu erlangende patria potestas wird aber schon dann in's Leben gerufen, sobald nur die im Cod. civ. P. I. cap. 5. § 10. gesetzlich vorgezeichneten Voraussetzungen, zu denen die Erbfähigkeit der zu Arrogirenden nicht gehört, vorhanden sind.

In Folge dessen treten auch alle mit der Vatergewalt verbundenen Rechte und Verpflichtungen sofort ipso facto in Kraft, und wenn auch hiebei die Beschränkung eintritt,

daß die der Regel nach mit der Arrogation verbundene Erbfähigkeit als eine speciele Wirkung der Arrogation ausnahmsweise um deßwillen wegfällt, weil den Kindern ex damnato coitu die subjective Erbfähigkeit mangelt, so bleiben doch noch alle übrigen Wirkungen der Arrogation, und besonders die Wesenheit derselben, nämlich die patria potestas civilis vollkommen aufrecht. Wollte man die Arrogation von Kindern aus verdammter Geburt um deßwillen für unzuläßig halten, weil nicht alle Wirkungen der Arrogation bei ihnen eintreten können, so würde man offenbar die Folgen und Wirkungen eines Rechtsgeschäftes mit den gesetzlichen Erfodernissen zur Begründung desselben, sohin Ursache und Wirkung miteinander verwechseln.

Zur Begründung der Arrogation wird nirgends die subjective Erbfähigkeit des zu Arrogirenden erfodert. Der Mangel dieser Eigenschaft kann daher auf den Rechtsbestand der sonst rechtlich begründeten Arrogation keinen Einfluß äußern.

In so ferne nun die S.'schen Kinder einen mit ihrem Vater abgeschlossenen und obrigkeitlich genehmigten Arrogations-Vertrag, welcher obendrein die landesherrliche Bestättigung erhalten hat, für sich haben, kann dessen Giltigkeit um so minder bezweifelt werden, als dieser Arrogations-Vertrag von den paciscirenden Theilen nach sorgfältiger Prüfung aller obwaltenden Umstände unter obrigkeitlicher Respicienz cum plena causae cognitione abgeschlossen wurde, und die Kraft eines rechtsbeständigen zweiseitigen Vertrages nach § 10. loc. cit. schon in Folge ihres erklärten Privat-Willens unter nachgefolgter obrigkeitlicher Bestättigung im Gegensatze einer bloß einseitig ertheilten landesherrlichen Legitimation mit dem Effecte der Vatergewalt nach § 9. Nr. 3. loc. cit. erlangt hat. Hierüber lassen die in puncto legitimationis et arrogationis gepflogenen gerichtlichen Verhandlungen, insbesondere das stadtgerichtliche Bestättigungs-Decret vom 7. März 1826 und das landesherrliche Genehmigungs-Rescript vom 26. Mai 1826, worauf sich die beiden streitenden Theile in den Proceß-Verhandlungen ausdrücklich bezogen haben, keinen Zweifel mehr übrig.

Der Rechtsbestand des den Beklagten zur Seite stehenden Arrogations-Vertrages wird auch nicht, wie Kläger und Appellant meint, durch den von ihm behaupteten, übrigens erst in appellatorio specifisch vorgehobenen Thatumstand zernichtet, daß zur Zeit des Abschlusses dieses Arrogations-Vertrages Aloys Graf von S. die Vatergewalt über seine außerehelichen Kinder auch noch auf einen andern Weg nämlich per rescriptum principis im Sinne des P. I. cap. 5. § 9. Nr. 3. habe erlangen können.

Es wurde nämlich bereits oben erörtert, daß, wenn der Gesetzgeber im P. I. cap. 5. § 10. Nr. 5. den Eintritt der Arrogation unehelicher Kinder an die Vorbedingung knüpft, dem natürlichen Vater die Erlangung der Vater-Gewalt über sie auf andere Weise nicht möglich sey, unter dem gesetzlichen Ausdrucke: „auf andere Art," lediglich das subsequens matrimonium zu verstehen, sofort diese Vorbedingung nur auf die illegitimos naturales, nicht aber auf liberos ex damnato coitu juridisch anwendbar sey, und eben darum die Arrogation der letztern unbedingt Platz greifen müsse. Diesem steht nicht entgegen, daß der Gesetzgeber in P. I. cap. 5. § 9. Nr. 3. noch eine andere Art der Erwerbung der väterlichen Gewalt über uneheliche Kinder mit und neben der legitimatio per subsequens matrimonium aufgestellt hat; denn diese speciele Erwerbung der Vatergewalt per rescriptum principis gehört nicht zu den ordentlichen und regelmäßigen Erwerbungs-Arten der väterlichen Gewalt, sondern stellt sich in ihrer Eigenschaft als ein landesherrliches Reservat, als eine für sich bestehende außerordentliche Erwerbungs-Art der Vatergewalt dar, auf welche, da hiezu die im § 10. vorgezeichneten strengen Requisite nicht erfodert werden, ausnahmsweise dann recurrirt werden kann, wenn die strengen Vorbedingungen der Arrogation vom arrogirenden Vater nicht erfüllt zu werden vermögen. Dieser besondere Ausnahms-Fall kann unter dem im § 10. loc. cit. gebrauchten Ausdrucke: „auf andere Art," um so minder verstanden werden, als es widersinnig wäre, die Realisirung einer Arrogation mit rechtswirksamer Kraft dennoch in die

Macht der Privaten zu geben, wenn solche vorher aus Macht-Vollkommenheit des Landesherrn verweigert worden ist. — Diesem Allen nach ist die unbedingte Bejahung der ersten aufgestellten Frage durchgehends gerechtfertiget. —

Ad II. Diese Frage ist direct und mit ausdrücklichen Worten nirgends im Gesetze entschieden, denn im Cod. civ. P. I. cap. 5. § 10., wo von der Arrogation überhaupt die Rede, und im Allgemeinen ausgesprochen ist, daß arrogirte Kinder in Absicht auf ihren Wahlvater aller Rechte von rechtmäßigen Kindern theilhaftig werden, ist nicht ausdrücklich verordnet, daß dieses auch bei liberis ex damnato coitu, wenn sie arrogirt werden, der Fall seyn soll.

Eben so wenig enthält das Land-Recht P. III. cap. 12. § 2. Nr. 6., wo von dem Intestat-Erbrechte der adoptirten Kinder die Rede ist, eine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß hierunter auch liberi ex damnato coitu procreati, im Falle sie arrogirt worden sind, begriffen seyn sollen, oder nicht. Im Zusammenhalte dieser beiden gesetzlichen Bestimmungen steht mehr nicht, als die allgemeine gesetzliche Regel fest, daß die Adoption und resp. Arrogation den arrogirten Kindern im Allgemeinen Successions-Rechte gewähre. —

Auf der andern Seite wird im Cod. civ. P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10., wo verordnet ist, daß Kinder aus verdammter Geburt von väterlicher und mütterlicher Seite nichts erben sollen, gleichfalls keine ausdrückliche Erwähnung davon gemacht, ob unter dieser gesetzlichen Bestimmung auch solche liberi ex damnato coitu, welche eine Arrogation im Sinne des P. I. cap. 5. § 10. für sich haben, begriffen seyn sollen, oder nicht. — Es ist daher die oben aufgestellte Streitfrage im Gesetze nirgends direct und ausdrücklich entschieden.

Eine solche directe, und zwar negative Entscheidung ist auch nicht, wie Kläger auszuführen sucht, darin zu finden, daß es im P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10., wo verordnet ist, daß Kinder aus verdammter Geburt von väterlicher und mütterlicher Seite nichts erben sollen, noch weiters heißt: »form. sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen;« denn das Gesetz berührt hier nur den Fall der Legitimation

ausdrücklich als wirkungslos, nicht aber auch den Fall der Arrogation. — Beide sind nicht identisch, und eben so wenig ist Arrogation — als ein von der Legitimation wesentlich verschiedenes Rechtsinstitut — für eine Species der letztern anzusehen, dieselbe kann sohin nicht unter den oben angeführten Zusatze: „form. sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen," subsumirt werden.

Dieses wurde bereits in den erstrichterlichen Entscheidungs-Gründen, worauf sich hier bezogen wird, erörtert, und erhellet hauptsächlich aus nachstehender Erwägung. Jedem dieser beiden Rechtsinstitute, obgleich sie dieselbe Wirkung, nämlich Erlangung der Vatergewalt mit einander gemeinschaftlich haben, ist eine eigenthümliche, wesentlich von einander verschiedene Bestimmung und Umfang angewiesen. Denn während die Arrogation ausschließend auf die Erwerbung der väterlichen Gewalt sowohl über leibliche als fremde Kinder abzielt, bezielt die Legitimation zunächst hauptsächlich die Tilgung des Geburts-Fleckens, welche durch die Arrogation gesetzlich nicht bewirkt werden kann, und verleiht nur im Falle besondern Ansuchens auch die Vatergewalt, jedoch nur über leibliche und uneheliche Kinder. Durch den angeregten Zusatz ist daher die aufgestellte Streitfrage noch keineswegs als direct entschieden anzusehen. Dieselbe muß sohin aus der Natur, dem Zwecke und Umfange sowohl der Arrogation, als des im P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10. statuirten Verbotes selbst, und aus ihrem Zusammenhalten mit allen übrigen einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nach Anleitung der gesetzlich vorgezeichneten Interpretations-Regeln entschieden werden. —

Die Natur, Wesen und Umfang der Arrogation wurde bereits gelegenheitlich der Beantwortung der ersten Frage hinlänglich erörtert. Es ist daher nur noch die Natur jenes Verbotes und dessen Umfang zu untersuchen. So viel die Natur desselben angeht, so characterisirt es sich als ein Ausnahms-Gesetz, und zwar als ein Prohibitiv-Gesetz; denn kraft desselben wird abweichend von der allgemeinen gesetzlichen Regel, daß Kinder ihre Ältern ab intestato beerben,

bezüglich der Kinder aus verdammter Geburt ausnahmsweise verordnet, daß diese ihre Ältern ab intestato nicht beerben sollen. In so ferne nun das Recht der Kinder, ihre Ältern beerben zu dürfen, als eine Rechts-Wohlthat derselben anzusehen ist, und nur Kinder aus verdammter Geburt hievon ausgeschlossen sind, ist jenes Ausnahms-Gesetz zugleich ein Prohibitiv-Gesetz.

Untersucht man dagegen den für die vorliegende Streit-Sache hauptsächlich entscheidenden Umfang, welcher dem in P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10. statuirten Prohibitiv-Gesetze beizulegen ist, so fragt es sich, ob die so eben allegirte gesetzliche Bestimmung ganz allgemein, sohin auch von dem Falle zu verstehen sey, wenn derlei Kinder auch gleichzeitig eine Arrogation von Seite ihrer natürlichen Ältern für sich haben — oder ob jene gesetzliche Bestimmung in einem eingeschränkten Umfange und Sinne, nämlich nur von dem Falle zu verstehen sey, wenn ein Intestat-Erbrecht einzig und allein aus dem Titel ihrer Abstammung und respect. Blutsverwandtschaft zu ihren natürlichen Ältern in Frage ist. Bei der Untersuchung des Umfanges jener gesetzlichen Bestimmung ergibt sich zum endlichen Resultate, daß dieselbe ganz allgemein zu verstehen sey, sohin das hier statuirte Verbot der Erbfähigkeit auch in dem Falle in sich schließe, wenn derlei Kinder von ihrem natürlichen Vater arrogirt worden sind. Dieß ergibt sich aus nachstehenden Erwägungen:

1. die allegirte gesetzliche Bestimmung umfaßt in ihrer Eigenschaft als specieles Ausnahms- und Prohibitiv-Gesetz eine ganze Classe von Rechts-Subjecten, nämlich die Kinder aus verdammter Geburt mit allen gesetzlich darunter begriffenen Unterarten, namentlich die Incestuosos, adulterinos etc.

2. Dieses Prohibitiv-Gesetz ist ganz allgemein dahin abgefaßt: „form. Uneheliche Kinder und Descendenten aus verdammter Geburt erben außer dem blossen Unterhalte sowohl von väterlicher als mütterlicher Seite nichts, sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen.“ —

Mit dürren ganz allgemein lautenden und energischen Worten wird ihnen hier das Erbrecht geradezu abgesprochen, und dieser Ausspruch sogar durch den Zusatz verstärkt, daß ihnen selbst eine landesherrliche Legitimation, obgleich diese nach P. I. cap. 5. § 9. den Flecken der Geburt tilgt, zu nichts frommen soll.

Nur die einzige Einschränkung in Betreff des Unterhaltes solcher Kinder fügt hier das Landrecht in Übereinstimmung mit den canonischen und abweichend vom römischen Rechte in der unverkennbaren Absicht mit ausdrücklichen Worten bei, um hiedurch anzudeuten, daß jenes Prohibitiv-Gesetz in allen übrigen Fällen uneingeschränkt und allgemein zur Anwendung kommen soll, wie dieß auch die Anmerkungen sub Nr. 5. ad cod. civ. P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10. sogar mit ausdrücklichen Worten besagen.

Wenn der Gesetzgeber bei Erlassung eines Prohibitiv-Gesetzes, welches eine ganze Classe von Rechts-Subjecten, hier die Kinder aus verdammter Geburt von einem sonst allgemein gesetzlichen Rechte der Kinder nämlich, ihre Ältern ab intestato beerben zu können, ausschließt, sich so allgemein bestimmt, und energisch, wie hier ausdrückt, so kann schon nach seiner allgemeinen Fassung an der völligen Allgemeinheit eines solchen Gesetzes mit Grund nicht gezweifelt werden.

3. Auch die schroffe Stellung dieses Prohibitiv-Gesetzes, welches außer der erwähnten Einschränkung keine weitern Modificationen mit sich führt, gegenüber den übrigen Dispositionen bezüglich der Intestat-Erbfolge der übrigen Classen von Descendenten spricht für dessen völlige Allgemeinheit. Im P. III. cap. 12. § 2. behandelt der Gesetzgeber die Intestat-Erbfolge der Descendenten mit Rücksicht auf die verschiedenen Arten der letzteren.

Jede derselben handelt er gesondert ab, hebt die zuläßigen Modificationen ihrer Erbfähigkeit allenthalben specifisch hervor, und verordnet nun bei den Kindern aus verdammter Geburt auf einmal sub Nr. 10. abweichend hievon, das ist ohne Beifügung irgend einer Modification ganz allgemein

und trocken: „form. Kinder aus verdammter Geburt erben von väterlicher und mütterlicher Seite nichts.“ —

4. Noch deutlicher tritt die Allgemeinheit mit dem oben bezeichneten Umfange des hier statuirten Verbotes an's Licht, wenn man die Worte des Gesetzes selbst näher in's Auge faßt. Es wird nämlich hier sowohl von Kindern als Descendenten aus verdammter Geburt überhaupt, und zwar hinsichtlich des Intestaterb-Verhältnisses der erstern zu den letztern gesprochen, und die Erbfähigkeit der erstern ratione der letztern geradezu ausgeschlossen. Die hiebei gewählten allgemeinen Ausdrücke: „form. von väterlicher und mütterlicher Seite,“ geben schon nach dem Wortverstande klar zu erkennen, daß hier von Ältern in ausgedehntem Sinne des Wortes, nämlich vom Genus, welches die natürlichen und Wahl-Ältern als einzelne Species in sich faßt, die Rede sey.

Diese allgemeine Wortfassung des Gesetzes läßt eine Distinction zwischen Kindern aus verdammter Geburt, welche arrogirt und nicht arrogirt sind, schlechterdings nicht zu, und zwar um so weniger, als eine — solchen Kindern zur Seite stehende — Arrogation am gesetzlichen Begriffe eines Partus illegitimus ex damnato coitu weder in facto, noch in jure etwas zu alteriren vermag; in facto nicht, weil der nachgefolgten Arrogation das factum der Abstammung ex illicito libidine dennoch bleibt, — in jure nicht, weil die Arrogation diese Mackel der Abstammung gesetzlich nicht zu beseitigen vermag.

5. Jeder Zweifel über die völlige Allgemeinheit des fragl. Prohibitiv-Gesetzes schwindet, wenn man die eigentliche Bedeutung des, diesem Prohibitiv-Gesetze beigefügten Zusatzes in nähere Betrachtung zieht, welcher dahin lautet: „form. Sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen.“ Das Gesetz cod. civ. P. I. cap. 5. § 8. stellt nur zwei Arten von Legitimationen auf, nämlich die per subsequens matrimonium und per rescriptum principis.

Da nun das Gesetz im § 8. loc. cit. die liberos ex damnato coitu von der legitimatio per subsequens matrimonium ausschließt, so kann unter dem im P. III. cap. 12.

§ 2. Nr. 10. gebrauchten Ausdrucke „legitimirt“ nur die landesherrliche Legitimation im Sinne des P. I. cap. 5. § 9. verstanden werden. Letztere selbst aber umfaßt nach dem Inhalte des allegirten § 9. wieder zwei Fälle, die der Gesetzgeber mit dem gemeinschaftlichen Ausdrucke Legitimation bezeichnet, nämlich einmal den, daß mittels landesherrlichen Rescriptes der Geburts-Flecken eines unehelichen Kindes getilgt wird, dann den, daß dem natürlichen Vater auf Ansuchen die väterliche Gewalt über sein außereheliches Kind durch landesherrliche Verordnung verliehen wird. Der gesetzliche Ausdruck „legitimirt“ im allgemeinen Sinne des Wortes schließt sohin beide Fälle in sich. Jedenfalls sind diese beiden Fälle unter den allegirten Formalien des Prohibitiv-Gesetzes um deßwillen begriffen, weil diese Formalien ganz allgemein dahin lauten: „sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen.“

Diesemnach ist das allegirte, mit dem angezogenen, verstärkenden Gesetze versehene Prohibitiv-Gesetz offenbar dahin zu verstehen, daß Kinder aus verdammter Geburt von väterlicher und mütterlicher Seite nichts erben sollen, wenn auch der Flecken ihrer Geburt durch landesherrliches Rescript getilgt, und wenn auch noch überdieß ihrem natürlichen Vater die Vatergewalt über sie durch landesherrliches Rescript ertheilt worden ist. Wenn nun der Gesetzgeber die Erbfähigkeit solcher Kinder sogar im Falle einer im ausgedehnten Sinne des Wortes erlangten Legitimation ausgeschlossen wissen will, so muß dieses ex argumento a majori ad minus um so mehr da der Fall seyn, wo sie bloß eine Arrogation von Seite ihres natürlichen Vaters im Sinne des P. I. cap. 5. § 10. für sich haben.

Denn eine landesherrliche Legitimation im ausgedehnten Sinne des Wortes gibt die Tilgung des Geburts-Fleckens und zugleich die Vatergewalt, die Arrogation aber bloß allein Vatergewalt, erstere gewährt sohin mit Rücksicht auf Bestimmung und Zweck beider Rechts-Institute im Ganzen mehr als Letztere.

Jedenfalls beweiset jener Zusatz, welcher die bei der Legitimatio per rescriptum principis gleichzeitig mitvorkommende Vatergewalt über uneheliche Kinder berührt, so viel, daß der Gesetzgeber bei Erlassung jenes Prohibitv-Gesetzes den Fall der erlangten Vatergewalt über Kinder ex damnato coitu vor Augen hatte, und da er nach P. I. cap. 5. § 10. die Erlangung der Vatergewalt über derlei Kinder auch im Wege der Arrogation zuläßt, nothwendig auch diese mit im Auge gehabt haben mußte. Da er nun dessenungeachtet nicht für nothwendig fand, der zuletzt erwähnten Art der Erwerbung von Vatergewalt über derlei Kinder eine besondere Wirkung beizulegen, und sie deßhalb von dem allgemein statuirten Verbote der Erbfähigkeit zu eximiren, so hat er hiedurch stillschweigend an den Tag gelegt, daß er einer gleichzeitigen Arrogation solcher Kinder eben keine größere Wirkung in Absicht auf ihre Erbfähigkeit beilegen wollte, als der landesherrlichen Legitimation, die er in Absicht auf zu erlangende Erbfähigkeit nur um deßwillen mit ausdrücklichen Worten bei Erlassung dieses Prohibitiv-Gesetzes für wirkungslos erklärte, um jeden allenfallsigen Zweifel zu beseitigen, als seyen derlei Kinder nach getilgten Geburtsflecken sofort in ihrer Eigenschaft als legitime Kinder von der Sanction jenes Prohibitiv-Gesetzes ausgenommen.

6. Auch die dem bezeichneten Prohibitiv-Gesetze zu Grund liegende ratio legis spricht für dessen Allgemeinheit und angegebenen Umfang.

Odium damnatae libidinis wird nämlich übereinstimmend mit den Dispositionen des römischen Rechtes von der vaterländischen Gesetzgebung in P. III. cap. 3. § 13. Nr. 1 et 2. in notis als Grund jenes Prohibitiv-Gesetzes angegeben.

Die Beschränkung der Ältern, solchen Kindern, obgleich sie ihnen das Daseyn gegeben haben, irgend etwas außer dem Unterhalte ab intestato oder durch einen Act inter vivos et mortis causa zuwenden zu können, was an sich eine sehr empfindliche Strafe für die Ältern ist, sollte das Mittel seyn, der Leichtfertigkeit und der ungezähmten Wohllust Schranken zu setzen.

Diese ratio legis fällt mit dem Eintritte einer nachgefolgten Arrogation solcher Kinder nicht hinweg, sondern bleibt mit ungeschwächter Kraft aufrecht, weil durch eine nachfolgende Arrogation das einmal vorhandene factum damnatae libidinis, wodurch jenes Prohibitiv-Gesetz ipso facto in's Leben gerufen wird, weder ungeschehen gemacht, noch die Mackel der Geburt solcher Kinder gelöscht werden kann, ja sogar nicht einmal die Löschung des Geburts-Fleckens durch landesherrliche Legitimation den Eintritt jenes Prohibitiv-Gesetzes zu verhindern vermag.

7. Der Character dieses Prohibitiv-Gesetzes als eines ganz allgemeinen ist auch auf eine authentische Weise durch die erst nach der Verkündung des neuesten bayer'schen Landrechtes am 27. Aug. 1776 erschienene Verordnung (Mayer'sche G. S. Bd. II. S. 1384.) auf das Unzweideutigste festgestellt; denn erst durch diese neue Verordnung wird festgesetzt, daß sich die Landesherrschaft das Recht vorbehalte, den Kindern aus verdammter Geburt unter gewissen Voraussetzungen die legitimatio quoad effectum successionis zu ertheilen, und daß einem auf solche Art Dispensirten keine weitere Quästion mit Fug und Macht gemacht werden solle.

Dieses landesherrliche Reservat als die einzige vorhandene gesetzliche Ausnahme von jenem Prohibitiv-Gesetze gibt klar zu erkennen, daß es in allen übrigen Fällen ohne Unterschied nach dem Grundsatze: exceptio firmat regulam, bei dem allgemeinen durchgreifenden Verbot der Erbfähigkeit solcher Kinder respectu ihrer Ältern sein Verbleiben haben solle.

8. Eine weitere authentische Interpretations-Quelle darüber, daß der Gesetzgeber durch die allegirte Stelle des bayerischen Landrechtes ein durchgreifendes allgemeines Verbot der Erbfähigkeit solcher Kinder ratione ihrer Ältern aufstellen wollte, findet sich noch in folgenden weitern Stellen des Landrechtes. In P. III. cap. 3. § 13. Nr. 2. 5 et 6. heißt es: „form. Jene, welche aus verdammter Geburt sind, können 5to ungeachtet aller Legitimation, sie mag gleich seyn „von wem sie wolle, weder von dem Vater noch von der „Mutter weiter als in den blossen Unterhalt institnirt werden,

„ausgenommen, wenn die Erbschaft bei Ermanglung anderer „Befreundten dem Fiscus heimfällig, und das Testament von „der Landesherrschaft bestättiget wurde.“ 6to versteht sich all Obiges nicht nur von der Erbseinsetzung, sondern auch von andern letztwilligen Dispositionen, wie nicht weniger von Schankungen unter Lebendigen, inmassen den Ältern die Hände ebenfalls in obigem Maaße gebunden sind.

Auch in dieser Stelle, welche mit jener in P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10. ein unzertrennlich zusammenhängendes Ganzes bildet, und mit ihr aus einer und derselben ratio legis fließt, wird mit fast gleich lautenden Worten eben so unbedingt und allgemein den Kindern aus verdammter Geburt auch die testamentarische Erbfähigkeit ratione ihrer Ältern geradezu abgesprochen, ja es wird sogar eine Schankung unter Lebendigen zwischen solchen Kindern und ihren Ältern für ungiltig erklärt. In diesen weitern energischen Sanctionen ist die permanente Absicht des Gesetzgebers nicht zu verkennen, der vaga et illicita libido durch die geeigneten Straf-Gebote gegen die Ältern, insbesondere durch die Statuirung einer absoluten Erbsunfähigkeit solcher Kinder ratione ihrer Ältern allenthalben wirksam zu begegnen, indem er diesen Kindern nicht einmal durch einseitige letztwillige Dispositionen ihrer Ältern, ja nicht einmal durch den zweiseitigen Vertrag einer Schankung unter Lebendigen auch nur das Geringste vom älterlichen Vermögen, den Unterhalt allein ausgenommen, zugewendet wissen will. Hieraus ergibt sich ex pari ratione von selbst, daß er derlei Kinder auch von der mit dem zweiseitigen Geschäfte der Arrogation der Regel nach verbundenen Successions-Fähigkeit ratione ihrer Ältern, so fort auch von der Erbfolge ab intestato in dem Falle, wenn sie von ihrem natürlichen Vater arrogirt worden sind, unbedingt ausgeschlossen wissen wolle.

9. Die von den Beklagten und vom Richter I. Instanz aufgestellte eingeschränkte Interpretation jenes Prohibitiv-Gesetzes ist, wenn gleich dasselbe als solches seiner Natur nach einer möglichst eingeschränkten Auslegung unterliegt, in jeder Beziehung unstatthaft. Der Interpretation des Prohibi-

tiv=Gesetzes dahin, daß es nur allein auf den einzigen Fall anwendbar sey, wenn bei liberis ex damnato coitu ein Intestat=Erbrecht bloß aus dem Titel ihrer Bluts=Verwandtschaft zu ihren natürlichen Ältern in Frage ist, liegt als hauptsächlicher Stützpunct einem Postulate gleich der Satz zu Grund, als sey das Erbrecht der Arrogirten mit der Arrogation selbst, und zwar als Folge der Vatergewalt dermassen unzertrennlich verbunden, daß nur mit ihm, nicht aber ohne dasselbe die Arrogation bestehen könne.

Allein die Unrichtigkeit dieses Satzes, sohin die Unhaltbarkeit dieses Stützpunctes wurde bereits gelegenheitlich der Beantwortung der Frage I. dargethan.

Wollte man ferner zur Rechtfertigung dieses Satzes anführen, daß bei entzogenem Erbrechte die Arrogation den Kindern aus verdammter Geburt eine geringe und in vielen Fällen gar keine Vortheile ja selbst Nachtheile bringen würde, so ist auch dieß ohne Erheblichkeit; denn einerseits hat das Gesetz bei der Arrogation vorzugsweise das Interesse der Ältern im Auge, andererseits ist die Wahrung des gegentheiligen Interesses der Kinder im Gesetze selbst, theils durch deren nöthige Einwilligung in die Arrogation, theils durch die vorgeschriebene obrigkeitliche Cognition und Bestättigung eines jeden Arrogations=Vertrages vorgesehen. Ein weiterer Stützpunct dieser Interpretation beruht auf der Behauptung, daß unter der Voraussetzung des den arrogirten Kindern aus verdammter Geburt entzogenen Erbrechtes das Gesetz, welches dieselben zur Arrogation zuläßt, folglich auch ihrer Wirkungen theilhaftig erklärt, mit dem oft allegirten Prohibitiv=Gesetze in einem unauflöslichen Widerspruche stehen würde.

Allein auch diese Behauptung ist unrichtig, es liegt nämlich keineswegs eine unvereinbarliche Gesetzes=Collision vor, wenn der Gesetzgeber auf der einen Seite uneheliche Kinder überhaupt und ohne Ausnahme für arrogirbar erklärt, und das Erbrecht der Arrogirten als allgemeine Folge der Arrogation festsetzt, und dagegen auf der andern Seite arrogirte Kinder aus verdammter Geburt von dem Erbrechte ausschließt; denn mit alleiniger Ausnahme der Kinder aus

verdammter Geburt tritt dieses Erbrecht bei den übrigen Arten unehelicher Kinder in Folge der Arrogation wirklich ein, es steht daher selbst bezüglich der unehelichen Kinder die allgemeine Regel, daß Arrogation Erbrecht gewährt, noch immer fest.

Endlich ließe sich diese Interpretation nur unter der Voraussetzung scheinbar rechtfertigen, daß der Gesetzgeber bei Regulirung der Intestat-Erbfolge von Descendenten in P. III. cap. 12. § 2. lediglich und ausschließend das Blutsverwandtschafts-Verhältniß als die regelmäßige Quelle des Intestat-Erbrechtes im Auge gehabt habe. — Allein auch diese Voraussetzung ist irrig, und findet ihre Widerlegung im allegirten § 2. selbst. Denn es ist dort außer der Succession der Descendenten aus dem Titel der Bluts-Verwandtschaft auch von der Intestat-Erbfolge der Adoptiv-Kinder, welche ihr Intestat-Erbrecht nicht aus der Bluts-Verwandtschaft, sondern zunächst aus dem mit ihrem Wahlvater abgeschlossenen bürgerlichen Vertrag ableiten, die Rede, und es wird daselbst, wie schon ad 3. bemerkt wurde, das Erbrecht einer jeden einzelnen Classe von Descendenten in seinem ganzen Umfange allenthalben mit den nöthigen Modificationen gesondert behandelt.

10. Die angezogene eingeschränkte Interpretation widerstreitet überdieß dem Buchstaben des Gesetzes selbst. Dieses spricht allgemein ohne alle Einschränkung, und wo das Gesetz, zumalen ein Prohibitiv-Gesetz, nicht unterscheidet, da darf auch der Richter nicht unterscheiden.

Hätte der Gesetzgeber das Verbot der Intestat-Erbfähigkeit der Kinder aus verdammter Geburt bloß auf den Fall beschränken wollen, wenn eine Erbfolge derselben lediglich aus dem Titel ihrer Bluts-Verwandtschaft zu ihren natürlichen Ältern in Frage ist, so hätte er sein Prohibitiv-Gesetz nicht in den vorliegenden allgemeinen Worten: „form. sie erben von väterlicher und mütterlicher Seite," sondern bestimmter und eingeschränkter dahin abfassen müssen: „Kinder aus verdammter Geburt erben von ihrem natürlichen Vater und ihrer natürlichen Mutter nichts."

11. Um so einer eingeschränkten Interpretation Raum zu geben, müßte ferner der Gesetzgeber besondere Beweggründe gehabt haben, die Sanction jenes Prohibitiv-Gesetzes, welches unstreitig solche Kinder von der Intestat-Erbfolge ihrer natürlichen Ältern aus dem Titel der blossen Bluts-Verwandtschaft ausschließt, im Falle einer durch ihre natürlichen Ältern bewirkten Arrogation für unanwendbar zu erklären.

Um dieses zu bewirken, müßten diese Beweggründe von der Art seyn, daß die jenem Prohibitiv-Gesetze zu Grunde liegende ratio legis hier wegfällt. Derlei Beweggründe, welche die Probe aushalten, sind nirgends abzusehen, vielmehr steht durch die obige Ausführung ad 6 et 8. fest, daß die dem allegirten Prohibitiv-Gesetze zu Grunde liegende ratio legis auch auf den Fall einer nachgefolgten Arrogation immerhin paßt, sohin das Prohibitiv-Gesetz selbst auch auf diesen Fall anwendbar seyn müsse.

12. Zudem sind noch besondere gewichtige Gründe vorhanden, welche auf die gegentheilige Absicht des Gesetzgebers, Kinder aus verdammter Geburt im Falle einer nachgefolgten Arrogation nicht auszunehmen, rechtlich schließen lassen. Diese sind

a) das gänzliche Schweigen des Gesetzgebers über eine solche Exemtion im Falle einer — solcher zur Seite stehenden Arrogation. Während der Gesetzgeber in P. III. cap. 12. § 2. Nr. 11. bei Regulirung der Intestat-Erbfolge der übrigen Arten unehelicher Kinder sich in mehrere Distinctionen bezüglich ihrer Erbsfähigkeit oder Erbsunfähigkeit ausdrücklich einläßt, statuirt er sub Nr. 10. loc. cit. die Erbsunfähigkeit der Kinder aus verdammter Geburt als Regel, ohne irgend eine Einschränkung; hätte er eine solche für den Fall der Arrogation der letztern beabsichtiget, so würde er diese eben so ausdrücklich festgesetzt haben, wie er dieß in allem Übrigen allenthalben von ihm vollständig und abgesondert behandelten Successions-Fällen wirklich gethan hat. Sein Schweigen hierüber gibt klar zu erkennen, daß er in einer nachgefolgten Arrogation solcher Kinder kein zureichendes Motiv fand, für diesen Fall etwas Besonderes zu statuiren.

b) Unter der Voraussetzung, daß mit einer nachgefolgten Arrogation solcher Kinder absolut und nothwendig auch deren Erbfähigkeit sowohl ab intestato als ex testamento als Folge eintreten müsse, würde das im P. III. cap. 3. § 13. Nr. 5 et 6. statuirte Verbot der testamentarischen Erbfolge solcher Kinder, und das Verbot von Schankungen unter Lebendigen zwischen Ältern und solchen Kindern schon bei seiner Erlassung den Keim der Zerstörung in sich getragen haben; denn es würde dann in der freien Willkühr der Ältern liegen, solche Kinder durch den Act der Arrogation erbsfähig, und so die energische Sanction des Prohibitiv-Gesetzes rein illusorisch zu machen, was offenbar gegen die Weisheit und Würde der Gesetzgebung verstossen würde.

Da nun das Verbot der Intestat-Erbsfähigkeit solcher Kinder auf derselben ratio legis beruht, wie das zuletzt erwähnte Verbot, so muß auch bei jenem angenommen werden, daß dem Eintritte desselben nach der Absicht des Gesetzgebers die Arrogation, als ein blosser Act der Privat-Willkühr der Ältern, nicht hindernd entgegentreten könne.

c) Überdieß wäre unter der zu b) angeführten Voraussetzung die Erlassung des specielen Mandats vom 27. Aug. 1776 aus gleichem Grunde ganz überflüßig gewesen, was nicht angenommen werden kann, indem bei Erlassung eines jeden Gesetzes eine zureichende und erhebliche Veranlassung als vorhanden vorausgesetzt werden muß.

Diese besteht bei dem allegirten Mandate einerseits in der mit klaren Worten ausgedrückten Absicht des Gesetzgebers, das dem Landesherrn zustehende Recht der Ertheilung von Privilegien auch auf Prohibitiv-Gesetze, wie das vorliegende auszudehnen, andererseits in der weitern Absicht, die Milderung der Härte des Prohibitiv-Gesetzes, in so ferne dieses eine absolute Erbsunfähigkeit solcher Kinder bezüglich ihrer natürlichen Ältern statuirt, durch Eröffnung des Gnaden-Weges in einzelnen Fällen möglich zu machen. — Dagegen ist die vom Richter I^nae dem Gesetzgeber bei Erlassung dieses Mandats untergestellte Absicht dem Letztern völlig fremd; denn nirgends ist in diesem Mandate der Arrogation

als des Mittels liberos ex damnato coitu erbsfähig zu machen, und der Absicht desselben mit einer Sylbe erwähnt, um solchen Ältern, welche an der Arrogation ihrer Kinder ex damnato coitu jnristisch gehindert sind, durch landesherrliche Dispensation zur Erfüllung ihres Wunsches, solche Kinder erbsfähig zu machen, zu verhelfen.

Eine solche ausdrückliche Erwähnung hätte offenbar geschehen müssen, wenn der Gesetzgeber diese vom Richter Imae vorausgesetzte eingeschränkte Tendenz gehabt hätte, wie nicht, was aus der allgemeinen Fassung des Mandats von selbst klar erhellt, indem darin das erwähnte Prohibitiv-Gesetz als ein alt hergebrachtes, allgemeines Gesetz bezeichnet wird.

Dadurch aber, daß der Gesetzgeber durch jenes Mandat sich selbst und nur sich das Recht beilegen wollte, in vorkommenden Fällen ausnahmsweise Dispensatio quoad successionem zu ertheilen, hat er auf das Unzweideutigste evident zu erkennen gegeben, daß neben diesem landesherrlichen Reservat kein anderer Weg, liberos ex damnato coitu erbsfähig zu machen, und also auch nicht die Arrogation als Mittel hiezu mit wirksamer Kraft bestehen solle.

Die vorstehende Widerlegung der vom Richter Imae adoptirten Ansicht über die zu machende einschränkende Interpretation des fraglichen Prohibitiv-Gesetzes bildet sonach noch einen besondern Grund dafür, daß jenes Prohibitiv-Gesetz in dem oben aufgestellten allgemeinen Sinne und Umfange zu verstehen sey. —

Nur unter Voraussetzung dieses allgemeinen Sinnes und Umfanges wird dem Prohibitiv-Gesetze selbst kein widerrechtlicher Zwang angethan, ihm keine fremdartige Absicht untergeschoben, und dasselbe mit allen übrigen einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen in vollen Einklang gebracht, und hiemit die Haupt-Aufgabe bei der Interpretation zweifelhafter oder scheinbar collidirender Gesetze gelöset.

Faßt man alle bisher aufgezählten Momente zusammen, welche in ihrer Vereinigung und wechelseitigen Unterstützung schlagend dafür sprechen, daß das im P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10. gegebene Prohibitiv-Gesetz in dem oben bezeichneten

ausgedehnten Umfange und Sinne zu verstehen, so fort hiedurch eine absolute Unfähigkeit der Kinder aus verdammter Geburt ihre Ältern ab intestato beerben zu können, statuirt worden sey, so ist der Character dieses Prohibitiv-Gesetzes als eines ganz specielen und unbedingten Ausnahms-Gesetzes dem allgemeinen Gesetze, daß die Arrogation den Arrogirten Erbrechte gewährt, gegenüber, außer Zweifel gesetzt. — Hieraus ergibt sich als nothwendige Folge, daß dieses Prohibitiv-Gesetz kraft dieser seiner Eigenschaft als Ausnahms-Gesetz solchen Kindern auch im Falle ihrer Arrogation von Seite ihrer Ältern die Fähigkeit, diesen ab intestato succediren zu können, entzieht, wornach die oben ad II. aufgestellte Hauptfrage unbedingt vereint werden muß.

Ad III. Durch die Erörterung ad II. steht bereits fest, daß die Beklagten durch die ihnen zur Seite stehende Arrogation an sich und abgesehen von einer landesherrlichen Genehmigung derselben ein Erbrecht auf den Nachlaß ihres Wahlvaters wegen ihrer subjectiven Erbsunfähigkeit nicht erlangen konnten. Da ihnen aber nach Ausweis der vorliegenden Legitimations-Acten, und in specie des allerhöchsten Rescriptes vom 26. Mai 1826 auch noch überdieß eine ausdrückliche Genehmigung ihrer Arrogation von Seite des Landesherrn zur Seite steht, so frägt sich zunächst weiter, ob sie allenfalls in Folge und Kraft der Letzteren der vollen Wirkungen einer giltigen Arrogation so fort auch des damit gesetzlich verbundenen Erbfolgerechts in den Nachlaß ihres Wahlvaters theilhaftig geworden seyen. —

Im Allgemeinen wird hierüber Folgendes bemerkt. — Eine landesherrliche Bestättigung eines mit oder ohne gerichtliche Intervention vollzogenen Privat-Actes, es sey dieser ein einseitiger, oder wie z. B. die Arrogation ein zweiseitiger, berührt ihrer Natur nach niemals dessen Wirkungen, sondern hat nur auf den Rechtsbestand desselben in der Art Einfluß, daß hiedurch ein allenfallsiger wesentlicher Mangel der Form ersetzt, ja sogar ein an sich ungiltiges Rechtsgeschäft wenigstens in Stücken, welche juris positivi sind, bekräftiget wird.

Annot. ad cod. civ. P. I. cap. 5. § 10. Nr. 3 et 4. und P. III. cap. 3. § 13. Nr. 5 et 6.

Wendet man nun diese Grundsätze auf den hier vorliegenden Arrogations-Fall an, so ergibt sich, daß, weil die Arrogation der Beklagten, wie schon zur zweiten Frage gezeigt wurde, ihrer subjectiven Erbsunfähigkeit ungeachtet schon für sich vollkommen rechtsgiltig ist, der Hinzutritt einer landesherrlichen Bestättigung nur **pro meliore cautela** dienen konnte.

Cod. civ. P. I. cap. 5. § 10. Nr. 3. in notis.

Hiedurch kann aber an den Wirkungen dieser specielen Arrogation nichts alterirt werden, diese können sohin der landesherrlichen Bestättigung ungeachtet nur in dem Maaße eintreten, wie es das Gesetz, nämlich mit der Beschränkung erlaubt, daß sie wegen des ihnen für ihre Person entgegenstehenden Prohibitiv-Gesetzes der specielen Wirkung der Erlangung eines Erbrechts auf den Nachlaß ihres Wahlvaters nicht theilhaftig werden. Anders würde sich die Sache verhalten, wenn, wie nicht, der vorliegende Arrogations-Vertrag wegen der subjectiven Erbsunfähigkeit der Beklagten gesetzlich für ungiltig erklärt wäre, und dieser ungiltige Arrogations-Vertrag die landesherrliche Bestättigung dennoch erhalten hätte, denn in diesem, jedoch hier nicht gegebenen Falle, würde gemäß **Cod. civ. P. I. cap. 5. § 10. Nr. 3 et 4. in notis** die landesherrliche Bestättigung einen solchen ungiltigen Vertrag in einen vollkommen giltigen, und mit allen Wirkungen versehenen umschaffen, weil hier der Grund der Ungiltigkeit nämlich die Erbsunfähigkeit der arrogirten Kinder **juris positivi** wäre, welches durch landesherrliche Disposition überhaupt nur in specie nach dem Mandate vom 27. August 1776 gehoben werden kann, in so ferne man überhaupt die Ausübung dieses landesherrlichen Dispensations-Rechtes, in so weit dieselbe, wie beim Mandate vom 27. August 1776 ein Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt ist, seit dem Erscheinen der Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 durch die Bestimmungen der Letztern nicht als beschränkt ansehen will. Eine weitere Frage ist aber diese, ob im ge-

gebenen Falle durch die vorliegende landesherrliche Bestättigung dieser Arrogation nicht allenfalls um deßwillen ein solches Erbrecht für die Beklagten erzeugt wurde, weil ihr Vater, welcher den Landesherrn nebst der Legitimation ausdrücklich auch um Verleihung der Erbsfähigkeit für seine Kinder gebeten hatte, im Laufe der über dieses Gesuch beim Kreis- und Stadtgerichte B. eingeleiteten Verhandlungen expressis verbis den Wunsch ausdrückte, respect. erklärte, daß die gebetene Erbsfähigkeit in Form der Adoption geschehen möge, und hierauf nicht nur die obrigkeitliche, sondern auch die landesherrliche Bestättigung der Arrogation dieser seiner Kinder erfolgt ist.

Allein diese Frage ist aus folgenden Erwägungen zu verneinen.

1) Die vom Vater der Beklagten sowohl bei der allerhöchsten Stelle, als beim königl. Kreis- und Stadtgerichte B. über diesen Gegenstand eingereichten Vorstellungen geben nach ihrem Inhalte deutlich zu erkennen, daß derselbe für seine Kinder um Ertheilung der landesherrlichen Dispensation quoad successionem im Sinne des Mandates vom 27. August 1776 nachgesucht habe. Derselbe hat nämlich sowohl in seiner ersten im Ersetzungs-Wege zu den Streitacten gebrachten Vorstellung an Se. Majestät den König vom 10. August 1825 als auch in seinen beiden später beim königl. Kreis- und Stadtgerichte B. eingereichten Vorstellungen vom 8. und 20. Februar 1826 nebst der Legitimation und Adoption ausdrücklich um Ertheilung und resp. Begutachtung der Erbsfähigkeit seiner Kinder gebeten, und allenthalben die wiederholte Erklärung beigefügt, daß dieses nur und auf keine andere Weise, als durch ein eigenes rescriptum principis, so hierüber ausgefertigt wird, geschehen könne.

Sein Gesuch war sohin ein dreifaches, einmal um Legitimation zur Tilgung des Geburts-Fleckens, dann um Adoption zur Erlangung der Vatergewalt und endlich das Gesuch um Dispensation quoad successionem zur Erlangung der Erbsfähigkeit seiner Kinder.

2. In so ferne nun derselbe in seiner zuletzt erwähnten Vorstellung vom 20. Februar 1826 noch weiter erklärte, daß die Ertheilung der Erbsfähigkeit seinem Wunsche gemäß in Form der Adoption geschehen möge, so konnte er hiebei im Hinblicke auf seine in derselben Vorstellung ausgesprochene eigene Überzeugung, daß die Erbsfähigkeit nur durch ein eigenes rescriptum principis, so hierüber ausgefertigt wird, möglich sey, nichts anders beabsichtiget haben, als daß durch ein und dasselbe rescriptum principio die nachgesuchte Legitimation ertheilt, überdieß aber auch nicht nur die weiter nachgesuchte Adoption landesherrlich bestättigt, sondern auch seinen Kindern die Erbsfähigkeit vermittelst Dispensation quoad successionem verliehen werden möge. —

3. Das hierauf erlassene allerhöchst landesherrliche Rescript bewilligte nun zwar die nachgesuchte Legitimation zur Tilgung des Geburts=Fleckens, und ertheilte auch dem inzwischen unter obrigkeitlicher Mitwirkung zu Stande gekommenen Arrogations=Vertrage die landesherrliche Bestättigung, schweigt aber von einer landesherrl. Dispensation quoad successionem gänzlich, obgleich an den Landesherrn in der Vorstellung vom 10. Dec. 1825 die ausdrücklich allgemeine Bitte gestellt worden war, die poenas legis, sohin alle poenas einschlüßig der — der Erbsunfähigkeit zu heben, und seine Kinder dadurch erbsfähig zu machen. Dieses Schweigen bezüglich des zuletzt erwähnten Punctes enthält unverkennbar eine stillschweigende abschlägige Verbescheidung des deßfallsigen Gesuches.

4. Eine gleichmäßig abschlägige Verbescheidung des Gesuches um Ertheilung der Erbsfähigkeit liegt selbst unter der Voraussetzung vor, wenn man zu Gunsten der Geklagten annehmen wollte, als sey in der landesherrlichen Bestättigung der Arrogation implicite eine factische Ertheilung der bezielten Erbsfähigkeit um deßwillen enthalten, weil die Ertheilung der Erbsfähigkeit in Form einer Adoption, oder was hiemit als identisch angesehen werden konnte, die Genehmigung der Adoption zum Zwecke der Erwerbung der Erbsfähigkeit ausdrücklich nachgesucht, und

darauf hin die Arrogation auch landesherrlich bestättigt wurde. Die Beklagten haben nämlich auch unter dieser Voraussetzung den Buchstaben des landesherrlichen Rescriptes vom 26. Mai 1826 in diesem Puncte wider sich; denn in diesem Rescripte ward nicht die Arrogation, wie sie Aloys Graf von S. beabsichtigte, sondern ausdrücklich nur in der Art genehmigt, wie solche vom königl. Kreis- und Stadtgerichte B. bestättigt wurde, welches die Frage der durch die Arrogation zu erlangenden Erbsfähigkeit seinen damaligen Ressort-Verhältnissen ganz angemessen, im Bestättigungs-Decrete vom 7. März 1826 völlig unentschieden gelassen hat.

Hätte der Landesherr im Hinblicke auf die oben angeregte Voraussetzung, durch die allerhöchste Genehmigung der Arrogation implicite auch zugleich das der letztern regelmäßig folgende Erbrecht den gesetzlich erbsunfähigen Beklagten, der Intention ihres Vaters entsprechend, verleihen wollen, so würde er das Genehmigungs-Rescript bestimmt dahin: „form. die Arrogation wird zum nachgesuchten Zwecke," oder dahin: „form. in der gebetenen Art," oder endlich wenigstens dahin: „die nachgesuchte Arrogation wird genehmigt," — gefaßt haben. Statt dessen hat er vielmehr sogar seine gegentheilige Absicht nach dem Wortlaute des Rescriptes unverkennbar dadurch an den Tag gelegt, daß er die vorliegende Arrogation nur in der Art, wie sie das Kreis- und Stadtgericht B. bestättigte, sohin auch mit den von diesem gemachten Zusatze genehmigte, indem er hiedurch deutlich die Absicht zu erkennen gab, daß er die an ihn im Gnadenwege gebrachte Frage der Erbsfähigkeit der Beklagten durch die in seiner Macht gestandene Ertheilung eines Privilegiums nicht entscheiden, resp. von seinem landesherrlichen Dispensations-Rechte keinen Gebrauch machen, sondern vielmehr die Entscheidung dieser Frage dem Gesetze und der richterlichen Judicatur überlassen wolle. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß auch durch die landesherrliche Bestättigung der vorliegenden Arrogation für die Beklagten die speciele Wirkung nicht erzeugt wurde, ihren Vater ab intestato beerben zu können, und zwar um so weniger, als dieses nur kraft

eines specielen und ausdrücklichen landesherrlichen Rescriptes im Sinne des Mandats vom 27. Aug. 1776 gesetzlich möglich ist, welches für sich zu haben die Beklagten selbst nicht zu behaupten vermochten.

Der ganzen bisherigen Ausführung zu Folge ist dargethan, daß den Beklagten aus dem Titel ihrer obrigkeitlich und landesherrlich bestättigten Arrogation ein Intestat-Erbrecht auf den streitigen Nachlaß des Aloys Grafen von S., folglich auch ein Widerspruchs-Recht gegen den gesetzlich begründeten Erbschafts-Anspruch des Klägers nicht zustehe, sohin die primäre Beschwerde des Klägers vollkommen begründet sey.

In Folge dessen mußte auf den Grund dieser Beschwerde der Natur der angestellten haereditatis petitio und der übrigen Actenlage, endlich der Bestimmung des Cod. civ. P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10. entsprechend in vorliegender Art abändernd erkannt werden.

Hiedurch findet zugleich die eventuele Beschwerde des Klägers und Appellanten von selbst ihre Erledigung. Die Compensation der Kosten I. und II. Instanz findet ihre Rechtfertigung in der Bestimmung der Gerichts-Ordnung Cap. 17. § 4. Nr. 3.

Hiegegen ergriff der Anwalt der Beklagten am 1. Aug. 1834 die

Revision,

wie folgt:

Die erste Frage des zweitrichterlichen Erkenntnisses sey der Hauptsache nach ganz zu Gunsten seiner Mandanten entschieden, und er könne die — in dieser Beantwortung aufgestellten Grundsätze, mit einziger Ausnahme desjenigen Theiles, wo schon die Beantwortung der zweiten Frage einschlage, und ihre nachtheiligen Wirkungen äußere, nur anerkennen, und sich eigen machen, und er glaube überzeugt zu seyn, daß gerade aus der consequenten Durchführung der

Grundsätze, welche zur bejahenden Beantwortung der ersten Frage geführt haben, die gleichfalls affirmative Beantwortung der zweiten Frage, so wie die Unnothwendigkeit der dritten als das logisch nothwendige Resultat sich darstellen werde. Es sey daher seine Aufgabe, nachzuweisen, daß, nachdem ungezweifelt feststehe, liberi ex damnato coitu procreati von ihrem natürlichen Vater giltig arrogirt werden können und daß dieses insbesondere in Ansehung der Beklagten giltig geschehen sey, der Anspruch derselben auf den Rücklaß ihres Wahlvaters eben so ungezweifelt sey, als dieses bei ehelichen, leiblichen Kindern in dem Rücklasse ihres legitimen Vaters der Fall sey.

Judex II^dae sage, die Frage: ob liberi ex damnato coitu procreati, wenn sie arrogirt seyen, ihren natürl. Vater ab intestato beerben können? sey im Gesetze nirgends entschieden. Allein diese Angabe sey ganz unrichtig, und wenn man hierüber noch einen Zweifel hege, so rühre derselbe bloß daher, daß man in diese Frage etwas hineinlege, was offenbar nicht nothwendig hineingehöre, und nur geeignet sey, unnöthige Zweifel zu erregen, und dieses seyen die Wörtchen: *ab intestato.*

Die Arrogation sey ein ganz eigenes Rechts-Geschäft, dessen Wesen darin bestehe, daß der Wahlvater das Recht der väterlichen Gewalt, der Sohn aber das Recht und die Eigenschaft eines Notherben erlange. Nun sey zwar das Recht der Beerbung des Vaters bei dem legitimen ehelichen Sohne, wie bei dem arrogirten Sohne gleich; allein hieraus folge nicht, daß dieses in der Erscheinung gleiche Recht — auch aus einer und derselben Quelle fließe.

Nur der natürlich leibliche Sohn oder Tochter erbe den Vater ab intestato et jure sanguinis. Die Adoption ahme zwar der Natur nach und räume den Wahlkindern dieselben Rechte ein, welche sie den leiblichen Kindern einräume, aber nicht ab intestato, sondern lediglich durch den bürgerlichen, i. e. civilrechtlichen Vertrag der Arrogation. Es sey ein Widerspruch, wenn man sagt: der Wahlsohn erbe ab intestato; denn er erbe bloß ex arrogatione, als einem von

der Intestat-Erbschaft, oder überhaupt von der Erbschaft ganz verschiedenen Begriffe.

Diese Ansicht scheine beim ersten Anblicke neu zu seyn; allein für diese Ansicht spreche der Codex civilis, P. II. cap. 2. § 5., wo es ausdrücklich heiße: „Die modi acquirendi dominium sind entweder universales, oder particulares. Jene bestehen in der Erbschaft und Arrogation ꝛc. ꝛc.“ Aus dieser Beziehung, welche auch in den Adnotationen mehrmals vorkomme, z. B. ad P. III. cap. 1. § 1. wo es heiße: „es sind aber mehr nicht, als zwei modi vel tituli succedendi für universal erkannt worden, nämlich die Erbfolge und Arrogation ꝛc.“

und aus diesen Vorträgen gehe also mit Gewißheit hervor, daß die Erbschaft und Arrogation zwar sehr große Ähnlichkeit miteinander hätten, allein daß es gleichwohl zwei in ihrem Ursprunge und ihrer Natur nach ganz verschiedene Gegenstände seyen, welche man, ohne einen offenbaren Mißgriff zu begehen, weder für synonym halten, noch ganz nach einerlei Regeln beurtheilen dürfe.

Es liege daher weder ein Mangel in dem Gesetze, noch könne man behaupten, daß die Frage im Gesetze unentschieden sey, ob liberi ex damnato coitu procreati, wenn sie adoptirt, vielmehr arrogirt worden seyen, ihren natürlichen Vater beerben? denn diese Frage sey vielmehr durch die allegirten Gesetze und Adnotationen ganz deutlich entschieden.

Die Arrogation sey ein *modus acquirendi universalis*: d. h. der Arrogirte erwerbe Alles ohne Ausnahme, was der Arrogant besessen habe. Dieser modus acquirendi sey ein selbstständiger Erwerbs-Titel, er sey nicht von der Erbschaft abgeleitet, sondern bestehe ohne alle Rücksicht, ob der Arrogirte den Arroganten ab intestato, vel pacto, vel testamento, vel quovis alio modo beerbt haben würde, denn wenn der arrogatus durchaus in keinem solchen Verhältnisse zu dem Wahlvater jemals gestanden sey, so habe er ohne irgend etwas anderes, als durch die Arrogation ganz allein einen *titulum universalem* auf das ganze Vermögen erlangt.

Wenn es daher in Cod. civ. P. III. cap. 12. § 2. Nr. 10. heiße: „Kinder aus verdammter Geburt erben außer dem blossen Unterhalte nichts, sie mögen gleich legitimirt seyn, wie sie wollen," so stehe dieses — bloß auf Intestat- und Testaments-Erbfolge Bezug habende Gesetz den Beklagten durchaus nicht entgegen, weil sie nicht als Erben, am wenigsten als Intestat-Erben den Rücklaß ihres Vaters nähmen, sondern lediglich aus dem — selbstständig bestehenden universelen Titel der Arrogation, welcher mit und neben der Erbschaft einzige Universal-Titel der Civil-Erwerbung sey.

Das Gesetz nenne die Erbschaft und Arrogation nicht conjunctive, sondern disjunctive einen titulum universalem: hieraus folge, daß es großer Irrthum wäre, gesetzliche Bestimmungen, welche bloß für die Erbschaft gelten, auch auf die Arrogation anwenden zu wollen, weil es etwas ganz Anderes um die Erbschaft, und etwas Verschiedenes um die Arrogation sey.

Zu einer solchen extensiven Auslegung oder Erweiterung der Gesetze sey kein Richter berechtigt, und das königl. Appellationsgericht habe die Frage II. deßwegen ganz unrichtig beantwortet, weil es die Begriffe Erbschaft und Arrogation mit einander verwechselt oder für synonym gehalten, und daher die Ansicht festgestellt habe, daß Wahlkinder ihren Wahlvater ab intestato beerben, was nicht richtig sey.

Die Intestat-Erbfolge sey ausschließend und lediglich ein Ausfluß der Rechte des Geblüts: sie sey ein Recht, welches nur den nächsten Verwandten zustehe, und auf keine andere übertragen werden könne.

Das positive Recht habe zwar Institute einführen können, welche Jemanden die nämlichen Befugnisse einräumen, wie den nächsten Bluts-Verwandten, allein, wer einem andern nachahme, werde deßwegen nicht selbst der Andere. Adoptio immitat naturam, d. h. der Adoptirte erwerbe die Rechte des leiblichen Sohnes in Beziehung auf das Vermögen des Wahlvaters, allein er würde doch niemals der leibliche Sohn des Wahlvaters, und erlange eben deßwegen, ohne speciele Einwilligung der Betheiligten, z. B. der Agna-

ten, des Landesherrn, u. dergl., die Rechte des Adels, der Nachfolge in Lehen, und Fideicommisse ꝛc. nicht, weil der Unterschied zwischen dem eheleiblichen und dem Wahlsohne niemals aufgehoben werde, und weil jener immer nur jure sanguinis, dieser aber nur ex titulo contractus arrogationis erbe.

Da nun zwischen Erbschaft und Arrogation ein bedeutender Unterschied sey, so könne auch von einem auf das andere nicht unbedingt geschlossen werden.

Das kön. Appellationsgericht habe seine Entscheidungs-Gründe zur Beantwortung der zweiten Frage lediglich auf die Ansicht gebaut, als ob das Erbrecht der arrogirten Kinder, vielmehr ihre civilrechtlichen Ansprüche auf den Rücklaß ihres Wahlvaters, ein Ausfluß des Intestat-Erbfolgerechts wäre, welches aber der Fall nicht sey; denn, wenn gleich beide Rechte viele Ähnlichkeit mit einander hätten, und sogar eines eine Nachahmung des andern sey, so dürfe doch Ähnlichkeit und Identität niemals mit einander verwechselt werden.

Verfolge man diese hier entwickelte Ansicht, so dürfte man keinem Gesetze Gewalt anthun, keines ohne Ursache interpretiren, und keine gewagten Sprünge oder Schlüsse per saltum machen, und eben so wenig dürfe man dem Gesetze Unvollständigkeit zum Vorwurfe machen.

Die Arrogation gewähre dem Wahlvater das Recht der väterlichen Gewalt. — Kinder, die noch in patria potestate ständen, seyen sui haeredes, mithin ständen sie in gleicher Kathegorie, wie die Notherben, und könnten als solche weder präterirt, noch ohne legale Ursache enterbt werden. Die Frage: ob sie ihren Wahlvater beerben können, könne daher nach dem Gesetze nicht anders, sondern müsse dahin beantwortet werden, daß sie auf den Rücklaß ihres Wahlvaters gleiche Ansprüche haben, wie die noch unter väterlicher Gewalt stehenden, eheleiblichen Kinder an den Rücklaß ihres Vaters.

Ganz richtig und mit einer höchst schätzbaren Präcision habe judex II^{dae} dargethan, welch' ein großer Unterschied zwischen Legitimation und Arrogation statt finde. Ein gleich

großer und respect. noch größerer Unterschied findet zwischen Intestat-Erbschaft und Arrogation statt, und hätte das kön. Appellationsgericht diesen wichtigen Unterschied nicht übersehen, so hätte es auch die zweite Frage ganz zu Gunsten der Beklagten beantwortet, und es hätte sich nicht veranlaßt finden können, ohne allen zureichenden Grund die überflüßigen Wörtchen: ab intestato einzuschalten.

Durch vorstehende Darstellung sey die Ansicht der Appellations-Instanz vollständig widerlegt, er werde sich daher bei Widerlegung der detaillirten Folgesätze ganz kurz fassen.

Nur das Erbrecht ab intestato sey den incestuosis et adulterinis abgeschnitten, keineswegs sey ihnen die Erwerbung des Rücklasses ihres Wahlvaters ex titulo universali arrogationis verboten, denn sie seyen nicht absolut *bonorum incapaces*, wie die Mendicanten-Klöster ꝛc., sondern nur relativ unfähig, ihren Ältern ab intestato zu succediren.

Wer möchte von dem Verbote der Intestat-Erbfolge einen Schluß auf ein Verbot der Schenkung ziehen? und so wenig man dem Vater verbieten könne, seinem im Ehebruche erzeugten Kinde eine Schenkung zu machen, — Cod. civ. P. III. cap. 8. § 9. Nr. 4. et in notis lit. d et e. so wenig könne man ihm verwehren, es mit allen gesetzlichen Folgen zu arrogiren.

Wenn man die muthmaßliche Absicht des Gesetzgebers durch Interpretation zu erforschen suche, so sey die erste Regel, denjenigen Interpretations-Maaßstab anzuwenden, bei welchem das Gesetz selbst so viel als möglich erhalten werde, ohne daß man ihm große Gewalt anthun, oder einen andern Sinn unterstellen müsse.

Wenn nun der Richter II^dae selbst als richtig anerkannt habe, daß liberi ex damnato coitu procreati von ihrem Vater giltig arrogirt werden können, und wenn selbst der Landesherr diese Arrogation bestättiget habe, so müsse man annehmen, daß sich eine giltige Arrogation auf alle jene einzelnen Rechte erstrecken müsse, welche nach dem gesetzlichen Begriffe Ausflüsse des Arrogations-Actes seyen; denn sonst müßte man den abnormen Grundsatz aufstellen, daß zwar

jeder Vater seine im Ehebruche erzeugten Kinder arrogiren dürfe, daß diese sich aber des Rechtes nicht zu erfreuen haben, welches das Gesetz mit der Arrogation verbinde!

Die Arrogation verschaffe fernere Rechte: dem Vater das Recht der patria potestas, den Kindern aber einen titulum universalem auf den Rücklaß des Wahlvaters. Der Vater sey in Ausübung seiner Rechte durchaus nicht beschränkt, obwohl die poena libidinis nur ihn als den schuldigen Theil treffen könnte, dagegen sollen nach der Ansicht des Gerichtes zweiter Instanz die Kinder ex damnato coitu orti unfähig seyn, ihren Wahlvater zu erben, propter — odium libidinis!

Das Gesetz spreche den adulterinis das Erbrecht ab, sie mögen gleich legitimirt seyn, wie sie wollen. Es erkläre also die blosse Legitimation für ungenügend, allein von der Arrogation sage es nichts; sage nicht, sie mögen legitimirt oder arrogirt seyn, wie sie wollen, weil die Arrogation weit mehr Rechte einräume, als die blosse Legitimation, und weil die Arrogation nicht eine species oder Unterart von Erbschafts-Titeln, sondern nach unserm Land-Rechte ein selbstständiger modus acquirendi dominium *universalis* sey, der einzige, welchen unser Gesetz außer der Erbschaft noch kenne, und welcher daher mit der Erbschaft nicht zu verwechseln sey, wie in secunda offenbar geschehen.

Auch das Generale vom 27. August 1776 stehe den Beklagten nicht entgegen, theils weil es bloß von der Legitimation, und nicht von der Arrogation spreche, mithin bloß dort Anwendung finden könne, wo die Arrogation nicht Platz finde, theils weil die landesherrliche Bestättigung der Arrogation denselben Effect hervorbringen müsse, wie die landesherrliche Legitimation.

Auch die Gesetzesstelle Cod. civ. P. III. cap. 3. § 13. et in not. spreche bloß von dem Erbschafts-Rechte der Kinder aus verdammter Geburt, und keineswegs von der Arrogation, und da diese nicht species haereditatis, sondern ein eigener modus acquirendi sey, so seyen alle dergleichen Allegationen zwecklos.

Es sey ganz actenwidrig zu behaupten, daß der Wahl-Vater mit seinem Gesuche um die Erbfähigkeit abgewiesen worden sey, nachdem richterlich ausgesprochen, und von dem Landesherrn bestättiget und anerkannt worden, daß man auch liberos ex damnato coitu procreatos arrogiren und ihnen hiedurch einen modum acquirendi dominium universalem verschaffen könne, was bereits im Gesetze enthalten sey, daher es vor dem Entstehen eines Rechtsstreites eines besondern Ausspruches nicht bedürfe, und bei der Abneigung des Landesherrn gegen jede Art von Cabinets-Justiz, nur dessen zarte Rücksicht vor den bestehenden Gesetzen und dem richterlichen Instanzen-Verhältnisse hierin gefunden werden könne.

Er stelle deßhalb die Bitte: zu erkennen, daß es lediglich bei dem erstrichterlichen Erkenntnisse zu bewenden habe.

Am 31. Octob. 1835 erkannte das königl. Oberappellationsgericht zu Recht:

1. daß die Beklagten als die alleinigen den Kläger ausschließenden Erben der Allodial-Nachlaß-Masse ihres leiblichen und Adoptiv-Vaters Aloys Grafen von S. mit Einschluß des Gutes K. und Zugehör — vorbehaltlich jedoch der allenfallsigen Ansprüche des Klägers auf die in dieser Verlassenschafts-Masse begriffenen Lehen — zu erklären und
2. die Kosten aller Instanzen zu compensiren seyen.

Entscheidungs-Gründe.

Franz Graf von S. auf U. verlangt im Wege gerichtlicher Klage als einziger zweibändiger Bruder des verstorbenen Aloys Graf von S. ausschlüßig die Verabfolgung der Verlassenschaft desselben als Intestat-Erbe, und eventuel die Extradition des in diesem Nachlasse begriffenen Gutes K. mit Zugehör, welche beide Klags-Puncte aber von den drei außerehelichen, aber per rescriptum principis legitimirten und zugleich arrogirten Kindern des Erblassers bestritten werden.

Nach verhandelter Sache erkannte das königl. Kreis- und Stadtgericht B., daß Kläger mit seiner auf die Aloys gräfl. von S.'sche Verlassenschafts-Masse gemachten Erbschafts-Ansprüchen abzuweisen, und die Streit-Kosten zu compensiren seyen, aus dem Grunde, weil den ex damnato coitu entsprossenen, jedoch arrogirten Beklagten ein, die Collateral-Linie ausschließendes Erbrecht auf den Rücklaß ihres Wahl-Vaters zustehe — hinsichtlich des eventuelen Klage-Grundes aber, weil der zwischen den beiden Brüdern Grafen von S. und ihrer Mutter am 15. Januar 1795 abgeschlossene Vertrag Geschlechts-Familien-Fideicommiß-Substitutionen enthalte, welche durch die Edicte vom 28. Juli 1808 und 22. December 1811 aufgehoben worden seyen.

Allein auf ergriffene Berufung des Klägers erkannte das königl. Appellationsgericht des ⁂ Kreises:

1. „die Beklagten seyen schuldig, den Kläger als Intestat-„Erben des verlebten Aloys Grafen von S. anzuer-„kennen, demselben sofort den unter gerichtlicher Admi-„nistration befindlichen sämmtlichen Nachlaß des Letztern „vorbehaltlich ihrer Ansprüche auf den Unterhalt hier-„aus, verabfolgen zu lassen.“
2. „die Kosten der ersten und zweiten Instanz werden com-„pensirt.“

In den Entscheidungs-Gründen wird angeführt, daß nach dem Land-Rechte Th. III. cap. 12. § 2. Nr. 10. die Kinder ex damnato coitu sowohl von väter- als mütterlicher Seite außer dem blossen Unterhalte nichts erben, sie mögen gleich legitimirt seyn, wie sie wollen, und daß auch nach Thl. III. cap. 3. § 13. Nr. 2. 3. 6. die Kinder aus verdammter Geburt weder vom Vater noch von der Mutter außer dem blossen Unterhalte nicht weiter instituirt werden können, sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen, was sich auch von Schankungen unter Lebendigen verstehe. Dieses Prohibitiv-Gesetz sey allgemein und schließe auch die arrogirten Kinder ex damnato coitu von der Erbschaft des Wahlvaters aus.

Durch dieses zweitrichterliche Erkenntniß finden sich nun die Beklagten beschwert und ergreifen die Revision mit der Bitte, um Wiederherstellung des erstrichterl. Erkenntnisses. —

Es ist bereits von den beiden vorigen Instanzen übereinstimmend und ausführlich erörtert worden, daß Kinder ex damnato coitu von ihrem leiblichen Vater giltig arrogirt werden können, und daß dieß in Ansehung der Beklagten giltig geschehen sey, weil

a) das Landrecht Th. I. cap. 5. § 10. Nr. 5. unter dem Ausdrucke „uneheliche Kinder" zwischen den im ersten Theile cap. 3. § 2. Nr. 6. aufgeführten drei Classen unehelicher Kinder, nämlich zwischen

1. naturales illegitimos
2. spurios vulgo quaesitos und
3. illegitimos ex damnato coitu nicht unterscheidet, folglich bei allen drei Classen dem leiblichen Vater die Arrogation der unehelichen Kinder gestattet, und weil

b) die Beklagten einen mit ihrem Vater abgeschlossenen und obrigkeitlich genehmigten Arrogations-Vertrag, welcher obendrein die landesherrliche Bestättigung erhalten hat, für sich haben, dessen Giltigkeit um so minder bezweifelt werden könne, als dieser Arrogations-Vertrag von den paciscirenden Theilen nach sorgfältiger Prüfung aller obwaltenden Umstände unter obrigkeitlicher Auctorität cum plena causae cognitione abgeschlossen wurde, und die Kraft eines rechtsbeständigen zweiseitigen Vertrages nach § 10. P. I. cap. 5. des Land-Rechtes schon in Folge ihres erklärten Privat-Willens unter nachgefolgter obrigkeitlicher Bestättigung im Gegensatze einer bloß einseitig ertheilten landesherrlichen Legitimation mit dem Effecte der Vatergewalt nach § 9. Nr. 3. loc. cit. erlangt hat, und von den beiden streitenden Theilen (in puncto legitimationis et arrogationis) auf die hierüber gepflogenen Verhandlungen, insbesondere auf das stadtgerichtliche Bestättigungs-Decret vom 7. März 1826 in den Proceß-Verhandlungen ausdrücklich sich bezogen haben. Der Rechts-Bestand des den Beklagten zur Seite stehenden Arrogations-Vertrages

wird auch nicht, wie Kläger meint, durch den von ihm in der Berufung vorgehobenen Umstand entkräftet, daß zur Zeit des abgeschlossenen Arrogations-Vertrages Aloys Graf von S. über seine außerehelichen Kinder auch noch auf eine andere Art, nämlich per rescriptum principis im Sinne des Landrechtes Th. I. cap. 5. § 9. Nr. 3. die väterliche Gewalt hätte erlangen können.

Der Richter II^dae führt gegen diese Behauptung des Klägers an, daß der im Landrechte Th. I. cap. 5. § 10. Nr. 5. enthaltene Ausdruck „auf andere Art“ lediglich von der Legitimation per subsequens matrimonium zu verstehen sey — dagegen die legitimatio per rescriptum principis als landesherrliches Reservat eine für sich bestehende außerordentliche Erwerbs-Art der Vatergewalt sey, auf welche ausnahmsweise alsdann recurrirt werden könne, wenn die strengen Vorbedingungen der Arrogation nach § 10. loc. cit. von dem Arroganten nicht erfüllt werden können. Aber auch abgesehen von dieser Ansicht des Richters zweiter Instanz, und davon, daß das vorläufige Anbringen des Gesuches um Legitimation zur Erlangung der Vatergewalt per rescriptum principis nicht bedingt oder gar bei Nichtigkeit der Arrogation in § 10. Nr. 5. loc. cit. geboten ist — geht schon selbst aus den Acten klar hervor, daß Aloys Graf v. S. in der Eingabe vom 1. Decemb. 1825 an die allerhöchste Person des Königs die ausdrückliche Bitte um Legitimation seiner unehelichen Kinder per rescriptum principis und zwar mit der Wirkung der Erbsfähigkeit derselben — folglich im Sinne der Verordnung vom 27. August 1776 gestellt, und diese Bitte in der Eingabe vom 20. Febr. 1826 an das mit der Instruction dieses seines Gesuches beauftragte Kreis- und Stadtgericht B. wiederholt habe, mit dem beigefügten Wunsche, daß dieß in der Form der Adoption geschehen möge — daß aber das hierauf erfolgte rescriptum principis vom 26. Mai 1826 lediglich sich nur auf die Legitimation der Kinder zur Tilgung des Geburts-Fleckens (nach Th. I. cap. 5. § 9. Nr. 2.) beschränkt habe, ohne sich jedoch auf die Ertheilung der väterlichen Gewalt nach Nr. 3. loc. cit. noch auf die

Ertheilung der Succeſſions-Fähigkeit im Sinne der erwähnten Verordnung vom 27. Auguſt 1776 auszudehnen.

Es konnte ſonach die Erlangung der väterlichen Gewalt nach § 10. Nr. 5. loc. cit. nur mehr durch den Arrogations-Vertrag geſchehen, welch' letzterer auch von dem königlichen Kreis- und Stadtgerichte B. als competenter Obrigkeit beſtättiget, und pro meliori cautela nach dem Landrechte Th. I. cap. 5. § 3. 4. et in notis durch das allerhöchſte Reſcript vom 26. Mai 1826 confirmirt worden iſt.

Was nun die Wirkung der Arrogation betrifft, über welche ſich die Erkenntniſſe der beiden vorigen Inſtanzen ganz verſchieden ausgeſprochen, ſo ſagt das Landrecht im erſten Theil cap. 5. § 10. Nr. 7. mit klaren Worten, formalia: „Tritt arrogatus mittelſt ſolcher Wahlkindſchaft unter die väterliche Gewalt, und wird aller Pflichten und Rechten wie andere rechtmäßig natürliche Kinder theilhaftig, außer ſo viel die von natürlicher Blutsverwandtſchaft allein abhängenden Rechten (jura ſanguinis) betrifft.“ Und nach den erläuternden Anmerkungen Nr. 7 et 8. ſuccedirt arrogatus in Kraft des Arrogations-Vertrages dem Wahlvater ſowohl ex teſtamento, als ab inteſtato wie andere Kinder in bonis allodialibus, nicht aber in feudis et fideicommiſſis.

Damit ſtimmt auch lex X. § 5. cod. de adopt., dann das gemeine deutſche Civil-Recht überein, (vid. Glücks Erläuterung der Pandecten I. Bd. 7. Ttl. § 151.) Nun ſteht aber der im Landrechte Th. I. cap. 5. § 10. enthaltene Nr. 5., welcher dem leiblichen Vater die Arrogation der unehelichen Kinder ohne Unterſchied derſelben geſtattet, mit dem gleich darauf folgenden Nr. 7., welcher die Wirkung der Arrogation klar beſtimmt, in unmittelbarem Zuſammenhange; denn hätte der Geſetzgeber den unehelichen Kindern überhaupt — oder insbeſondere den Kindern ex damnato coitu die Wirkung der Arrogation entziehen wollen, ſo hätte er die Arrogation derſelben nicht ausdrücklich geſtattet, ſondern expreſſis verbis verboten, wie dieß in dem ältern römiſchen Rechte lex VII. cod. de naturalibus liberis geſchah, (welche Härte des Geſetzes aber durch die erwähnte Stelle

des bayerischen Landrechtes aufgehoben wurde) — oder es hätte in den Nr. 5 et 7. loc. cit. eine Ausnahme in Bezug auf uneheliche Kinder, insbesondere auf Kinder ex damnato coitu ausdrücklich gemacht werden müssen. Vielmehr hat das Landrecht in Übereinstimmung mit Th. I. cap. 5. § 10. Nr. 7. in dem folgenden III. Th. cap. 3. § 14. Nr. 2., wo von den Notherben oder haeredibus suis et necessariis gehandelt wird, ausdrücklich bestimmt, daß unter den Kindern auch *arrogati* (so viel die Verlassenschaft des Wahlvaters betrifft), dann legitimati per subsequens matrimonium, nicht aber per rescriptum principis oder Uneheliche verstanden werden, und in Th. III. cap. 12. § 2. Nr. 6. ist ausgesprochen, daß auch die sowohl ab ascendente, als extraneo adoptirten Kinder erben — dagegen ist Nr. 10. loc. cit. bestimmt, daß uneheliche Kinder aus verdammter Geburt außer dem blossen Unterhalte sowohl von väter- als mütterlicher Seite nichts erben, sie mögen gleich legitimirt seyn wie sie wollen.

Vergleicht man nun die angeführten Gesetzesstellen mit einander, um sie in Einklang zu bringen, so ergibt sich aus dem klaren Sinne derselben der Schluß, daß die Bestimmungen im III. Theile cap. 12. § 2. Nr. 10., so wie cap. 3. § 13. Nr. 5 et 6. sich lediglich auf die Legitimation oder gar nicht legitimirten unehelichen Kinder beschränken, keineswegs aber auf die unehelichen aber arrogirten Kinder sich ausdehnen lassen. Es steht also die im Landrechte Th. I. cap. 5. § 10. Nr. 7. ausgesprochene Wirkung der Arrogation um so mehr fest, als in allen die Erbschaft der unehelichen Kinder beschränkenden Gesetzesstellen von der Arrogation nichts erwähnt ist, vielmehr in Ansehung der Arrogation ohne Unterschied derselben besondere Bestimmungen enthalten sind, die Arrogation aber keine species legitimationis ist, sondern beide in ihrer rechtlichen Natur und Wirkung als zwei verschiedene selbstständige Rechts-Institute wesentlich verschieden sind, daher kein analoger Schluß zwischen denselben statt findet.

Die Legitimation per rescriptum principis als reservatum ist nämlich ein einseitiger von der Gnade des Regenten

ausgehender Act, welcher sich nach dem Landrechte Thl. I. cap. 5. § 9. Nr. 2 et 3. entweder nur auf die Tilgung des Geburtsfleckens beschränkt, oder auch auf die Ertheilung der Vatergewalt ausdehnt, den Kindern ex damnato coitu aber außer dem Unterhalte keine Erbsfähigkeit gestattet, welche Härte jedoch der Gesetzgeber in der nachfolgenden Verordnung vom 27. August 1776 gemildert hat.

Die Arrogation hingegen ist diejenige bürgerliche Rechts-Handlung, wodurch unter öffentlicher Autorität Personen an Kindesstatt angenommen werden, die als solche die Kinder-Rechte vorher nicht hatten, und die Wirkungen derselben sind die väterliche Gewalt und das wechselseitige Erbrecht, da das arrogirte Kind dem arrogirenden Vater jure sui haeredis succedirt (cod. civ. P. I. cap. 5. § 10. Nr. 7. und Glück's Erläuterung der Pandecten 1stes Buch 7. Tit. § 151.). Daß die Arrogation der unehelichen Kinder nach dem Landrechte dem leiblichen Vater unehelicher Kinder und zwar ohne Unterschied derselben ausdrücklich gestattet ist, wurde schon oben ausführlich erörtert, vorausgesetzt, daß der Wahlvater die strengen Vorbedingungen erfüllt, und insbesondere das 60ste Jahr erreicht hat, weil die Gesetze die Arrogation als subsidiäres Mittel nur denjenigen Personen männlichen Geschlechtes gestatten, welche ohne eheliche Kinder zu besitzen, auch keine Hoffnung auf leibliche Kinder sich mehr zu machen haben, eine Vorbedingung, welche der Legitimation per rescriptum principis ganz fremd ist.

Durch diesen zweiseitigen Arrogations-Contract werden demnach wechselseitige Rechte und Pflichten, insbesondere ein wechselseitiges Erbrecht unter den Contrahenten begründet, welches die unehelichen Kinder, insbesondere die Kinder ex damnato coitu vorher nicht hatten, aber derselben in Kraft der Arrogation wie andere rechtmäßige Kinder durch Gleichstellung mit denselben in Bezug auf den Wahlvater theilhaftig werden, daher also auf dieselben die beschränkenden Vorschriften der Erbsfähigkeit Th. III. cap. 12. § 2. Nr. 10., dann cap. 3. § 13. Nr. 5 et 6. durchaus keine Anwendung haben; dazu kömmt noch, daß die Arrogation im Landrechte Th. II. cap. 2. § 5. als

ein modus universalis acquirendi rerum dominium erklärt ist, da sowohl in dieser Gesetzesstelle als auch Th. III. cap. 1. § 1. und Anmerkungen, wo von der Succession und Erbschaft überhaupt abgehandelt wird, ausdrücklich angeführt wird, daß nicht mehr als zwei modi vel tituli succedendi für universel anerkannt werden, nämlich

a) die Erbfolge, und

b) die Arrogation, und daß alle übrige Nachfolge, welche nicht auf diese Weise, sondern z. B. durch Vermächtniß, Kauf, Schankung oder dergleichen Handlungen unter Lebendigen oder von Tod wegen in gewissen oder sämmtlichen Gütern und Rechten geschieht, nur pro successione *singulari* gehalten werde. Hieraus ergibt sich, daß die Arrogation eben so wie die Erbfolge ein selbstständiger *modus et titulus* succedendi universalis ist.

Nun aber nehmen die Beklagten die Verlassenschaft ihres leiblichen und Wahlvaters lediglich und allein aus dem ihnen zustehenden Titel der Arrogation auf den Grund des nach Th. I. cap. 5. § 10. Nr. 5. mit ihrem Wahlvater rechtsförmlich abgeschlossenen — obrigkeitlich und landesherrlich genehmigten Arrogations-Vertrages in Anspruch, durch welchen sie in Bezug auf den Wahlvater hinsichtlich der Succession anderen rechtmäßigen Kindern und haeredibus suis et necessariis gleich gestellt sind.

Hieraus folgt demnach, daß die Arrogation mit ihren Wirkungen als ein selbstständiges Rechts-Institut durchaus keine Beschränkung, noch auch einen analogen Schluß auf andere Rechts-Institute oder eine dem klaren Sinne der Worte fremde Interpretation erleiden können, da deutliche Gesetze und Verordnungen nach dem Landrechte Th. I. cap. 1. § 9. et in notis keine weitere Auslegung gestatten.

Daß aber die Einwilligung des Klägers zur fraglichen Arrogation nicht erfoderlich war, geht schon aus dem Land-Rechte Th. I. cap. 5. § 10. Nr. 2. 5. 7. und den Anmerkungen Nr. 3 et 4. hervor, nach welchen dem leiblichen Vater die Arrogation der unehelichen Kinder in dem Falle gestattet ist, wenn keine ehelichen Kinder vorhanden sind.

Von Brüdern und Schwestern, so wie von Agnaten überhaupt geschieht keine Erwähnung, weil die arrogati weder jura sanguinis, noch Rechte auf feuda et fideicommissa, noch endlich auf Sachen überhaupt erwerben, auf welche die Agnaten schon ein jus quaesitum erworben haben, worüber also dem Wahlvater kein Dispositions-Recht zusteht, folglich den Agnaten kein Präjudiz zugeht.

Auch findet im vorliegenden Falle die Bestimmung des Landrechtes Th. III. cap. 3. § 14. Nr. 3. keine Anwendung, weil es sich von keiner Erbseinsetzung handelt, und der Makel der Geburt durch die ertheilte landesherrliche Legitimation getilgt ist. Eben so wenig ist endlich der vom Kläger angeführte Umstand relevant, daß sowohl das königl. Kreis- und Stadtgericht B. in dem Beschluße vom 7. März 1826, als auch das landesherrliche Decret vom 26. März 1826 über die Erbsfähigkeit der Beklagten keinen Ausspruch erlassen haben, weil es schon genügt, daß die Arrogation obrigkeitlich bestättiget, und von Seite des Staats-Oberhauptes confirmirt worden ist, die Erbsfähigkeit aber als die gesetzl. Wirkung des rite geschehenen Arrogations-Actes erscheint.

Da nun, wie bisher erörtert wurde, den Beklagten das den Kläger ausschließende Erbrecht auf die Allodial-Verlassenschaft ihres leiblichen und Wahlvaters *ex titulo arrogationis* zusteht, so waren dieselben als die alleinigen Erben in die Allodial-Verlassenschaft desselben jedoch vorbehaltlich der allenfallsigen Ansprüche des Klägers auf die in dieser Verlassenschaft begriffenen Lehen, zu erklären.

Da die erste Instanz den Beklagten, die zweite Instanz aber dem Kläger den ganzen Nachlaß des Aloys Grafen v. S. zuerkannt, folglich beide Instanzen über die Verlassenschaft des Erblassers erkannt haben, der Richter zweiter Instanz jedoch nicht für nothwendig fand, in seinen Entscheidungs-Gründen auf die eventuele Beschwerde des Klägers einzugehen, der ganze Streitgegenstand aber nunmehr zum Ober-Appellationsgerichte devolvirt, die Sache genugsam erörtert ist, und die Beklagten als Revidenten um Herstellung des erstrichterlichen Erkenntnisses gebeten haben, so ist auch diese

eventuele Beschwerde auf den Grund der Gerichts=Ordnung Nr. 9. und § 9. Nr. 1. oberstrichterlich zu würdigen.

Kläger und Revise sucht nämlich seinen eventuelen Klags=Antrag und seine eventuele Beschwerde auf den mit seinem verstorbenen Bruder am 15. Januar 1795 abgeschlossenen Vertrag zu gründen, mit der Behauptung, daß dieser Ver=trag ein pactum successorium inter vivos sey, nach welchem ihm das zur Verlassenschafts=Masse desselben gehörige Gut K. mit aller Zugehör gebühre.

Die Beklagten bestreiten aber diesen Klagpunct, und be=haupten, daß der fragliche Vertrag ein Geschlechts=Fidei=commiß=Vertrag sey, und hierauf bezügliche fideicommissarische Substitutionen enthalte, welche aber durch die Edicte vom 28. Juli 1808 und 22. Dec. 1811 als aufgehoben respect. erloschen zu erachten — sohin das von ihrem Adoptiv=Vater besessene Gut K. denselben als freies Eigenthum zugefallen sey, dem Kläger also kein Recht hierauf zustehe.

Es ist also die Eigenschaft des Gutes K. mit Zugehör aus dem Inhalte des fraglichen Contractes, auf welchen sich beide streitende Theile beziehen, zu beurtheilen.

In diesem am 15. Januar 1795 zwischen der Mutter Gräfin von S., gebornen Freyin von F., als ausschließen=den Besitzerin der beiden Güter K. u. U. und zwischen ihren beiden Söhnen Aloys und Franz Grafen von S. abgeschlos=senen Familien=Contracte wurden folgende Puncte festgesetzt:

In puncto 2 heißt es: „Es sollen die beiden Güter K. cum pertinentiis und U. cum pertinentiis nach hauptsächli=cher Willens=Meinung des seligen Vaters zu der Qualität und Eigenschaft zweier besonderer Stammgüter erhoben, so fort nach Absterben der Mutter (im Falle selbe nicht selbst noch eine Übergabe des einen oder andern zu machen belieben wird) K. cum pertinentiis dem ältern Sohne Aloys, und U. cum pertinentiis dem jüngern Sohne Franz zufallen.

Es wurden aber diese beiden Güter zu zwei besondern Stammgütern und zwar zum Vortheile der beiden Söhne und mit Ausschluß der sub Nr. 4. dieses Contractes erwähn=ten Tochter respect. Schwester Anna Maria verheiratheten

Gräfinn P. — bestimmt. Im Landrechte Th. III. cap. 10. § 1. und Anmerkungen heißt es: „Was zur Erhaltung eines gewissen Geschlechtes verordnet wurde, ist ein Fideicommiß- oder Stammgut. Es ist also Stammgut oder Fideicommiß im gesetzlichen Sinne gleich bedeutend.

In Nr. 3. dieses Vertrages ist pactirt, daß keines dieser Güter mit anderweiten Schulden onerirt werden dürfe, als bereits bestimmt sind.

In Nr. 6. heißt es, formalia: der Succession und Erbfolge halber auf beide dieser Güter wird es hiemit als in einem *fideicommisso ad primum gradum restricto* folgendermassen bestimmt und festgesetzt:

A. Daß, wenn einer der Contrahenten ohne eheliche Descendenz mit Tod abgehe, das Gut des Verlebten auf den Überlebenden cum oneribus übergehen sollte.

B. Sollte aber einer der contrahirenden Söhne respect. Brüder bei seinem Absterben nur Töchter hinterlassen, auf der andern Seite aber nur der ursprüngliche Contrahent, oder eine männliche Descendenz desselben vorhanden seyn, so sollen sämmtliche Töchter des Vorverstorbenen die Summe von 100*/m* fl. — erhalten, wovon die Hälfte dem Vater zur freien Disposition verbleiben, die andere Hälfte aber unter den vorhandenen Töchtern dergestalt vertheilt werden sollte, daß die sie treffende Portion, im Falle sie unverehelicht stürben, *ad massam* des Herauszahlers zurückfallen müßte.

C. Würde einer der contrahirenden Söhne resp. Brüder mit Hinterlassung eines oder mehrerer Söhne versterben, so soll die auf diesen Grad bestimmte Fideicommiß-Succession respect. Substitution dieser Linie aufhören und der Sohn oder Söhne das väterliche Fideicommiß falls dessen Vater nicht selbst ein *fideicommissum novum* creiren wollte, (*salva tamen ulteriori substitutione* auf K. *jure allodiali*) bekommen, wobei jedoch der einzige Fall ausgenommen wird, wenn ein derlei Sohn unverehelicht ohne Kinder verstürbe, in welchem Falle der erste Punct Nr. 6. Lit. A. oder bei Hinterlassung einiger Schwestern der zweite Punct Lit. B. wieder eintreten sollte.

D. Sind aber alle sowohl männliche als weibliche Descendenten beider Söhne resp. Brüder Aloys und Franz vollends ausgestorben, so soll derjenige, welcher (oder welche) K. am letzten inne haben wird, hievon nicht weiter disponiren, sondern K. soll mit Ausnahme der nec acquisitis auf Anton Freyherrn von F. auf H. und seine männliche Descendenz *jure fideicommissi primogeniturae* fallen, und in dieser Art behandelt werden. Endlich heißt es:

In puncto 7. dieses Vertrages,

„daß bei allen diesen vorbenannten Erbfolgs-Fällen jederzeit das bonum instructum an jeden Guts-Acquirenten ausgehändigt und überlassen werden müsse, und zu diesem Ende eine eigene Conscription zu verfassen sey."

Vergleicht man nun diese im erwähnten Familien-Contracte vom 15. Januar 1795 angeführten Dispositionen mit den gesetzlichen Bestimmungen des Landrechtes Th. III. cap. 10. § 1. 2. 3. 4., nach welchem das, was zur Erhaltung eines gewissen Geschlechtes verordnet ist, als fideicommissum familiae oder Stammgut zu erachten, und entweder expressum ist, durch ausdrückliche Declaration, oder als tacitum, z. B. aus dem Verbot der Veräußerung in Absicht auf die Familie, oder aus der alleinigen oder vorzüglichen Berufung des männlichen Geschlechtes gesetzlich vermuthet wird; erwägt man endlich, daß Fideicommisse familiae per actum inter vivos und mortis causa sub conditione, die, modo dann auf einen gewissen Grad und bestimmte Personen beschränkt, nach dem Landrechte § 3 et 4. dann § 8. Nr. 8 et 9. constituirt werden konnten, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die mit ihren zwei Söhnen als Haupt-Contrahenten compaciscirende Mutter Gräfin von S. und die beiden Brüder selbst ein wahres Familien-Fideicommiß, so wie hierauf Bezug habende Substitutionen pactirt, und jeder der Letztern nach dem erfolgten Tode ihrer Mutter nach Inhalt des Vertrages das ihm zugewiesene Gut als Familien-Fideicommiß bis zum Momente der Erlöschung desselben kraft der erschienenen Edicte besessen habe.

Das Edict vom 28. Juli 1808 § 69. hat aber alle damaligen Fideicommisse der ehemaligen Familien mit allen ihren Wirkungen, so wie die Regredient-Ansprüche (§ 72.) für aufgehoben erklärt, und durch das nachgefolgte Edict vom 22. Dec. 1811 ist noch bestimmter ausgesprochen, § 1. daß durch das Edict vom 28. Juli 1808 nicht nur alle Geschlechts-Fideicommisse der adelichen und nicht adelichen Familien, sondern auch alle übrigen fideicommissarischen Substitutionen, wie sie immer beschaffen seyn mögen im Allgemeinen für erloschen anzusehen seyen, und (§ 2.) daß schon am Tage der Publication des genannten Edictes (14. Sept. 1808) alle Substitutions-Rechte der durch die vormaligen Fideicommiß-Substitutionen berufenen eigentlichen Fideicommiß-Nachfolger aufgehört haben, endlich § 9. lit. c., daß vom Tage der Publication des Edictes von 1808 die bis dahin bestandenen Fideicommiß-Massen sich ausschließlich für ihre damaligen Besitzer in freies Eigenthum verwandelt haben, welches § 10. nach dem erfolgenden Tode des Besitzers den Allodial-Erben zufällt.

Aus den angeführten Bestimmungen der Edicte ergibt sich nunmehr der ganz einfache Schluß,

1. daß durch die erwähnten Edicte der zwischen den Contrahenten am 15. Januar 1795 geschlossene Vertrag über die Constituirung der beiden Stamm- oder Familien-Fideicommiß-Güter K. und U. mit allen darauf Bezug habenden Substitutionen gänzlich wirkungslos geworden ist, indem derselbe als Familien-Fideicommiß-Vertrag in Kraft der Edicte aufgehoben, und nach seinem klaren Inhalte und Zwecke der Compaciscenten nicht

a) als ein fideicommissum vulgare, noch auch

b) als ein blosses pactum successorium erachtet werden kann, (wie Kläger meint) und zwar aus folgenden Gründen nicht, weil ad a. als fideicommissum vulgare nach dem Landrechte Th. III. cap. 9. § 1. nur dasjenige erachtet wird, was durch letztwillige Disposition und nicht zur Conservation einer Familie, sondern aus andern Absichten des Fideicommittenten Jemand restituirt werden soll, dieser

gesetzliche Begriff also auf den vorliegenden inter vivos abgeschlossenen Familien-Fideicommiß-Vertrag nicht paßt, und ad b. selbst ein pactum successorium simplex nach dem Land-Rechte Thl. III. cap. 11. § 7. im vorliegenden Falle die Eigenschaft eines Familien-Fideicommisses hätte, und nach den gesetzlichen Bestimmungen des letztern beurtheilt werden müßte, weil ausdrücklich zum favor der männlichen Erben pactirt resp. renuncirt worden ist.

Es ergibt sich demnach der weitere Schluß,

2. daß sich das von Aloys Grafen v. S. bis 14. Sept. 1808 als dem Tage der Publication des Edictes in der Eigenschaft als Familien-Fideicommiß ausschließend besessene Gut K. mit Zugehör von dem erwähnten Tage an kraft des Edictes vom 28. Juli 1808 in sein freies Eigenthum mit vollem Dispositions-Rechte umgewandelt habe, und dieses Gut nach dessen Tod in Ermanglung einer letztwilligen Disposition den Allodial-Erben zufalle, ohne daß eine stillschweigende Genehmigung dieses Familien-Fideicommiß-Vertrages aus dem Umstande gefolgert werden darf, daß Aloys und Franz Graf von S. die beiden Landgüter noch nach dem Zeitraume vom 26. Mai 1818 besessen haben, weil in diesem neu erschienenen Edicte über Familien-Fideicommisse im § 41. ausdrücklich bestimmt ist, „daß die in diesem Edicte enthaltene „Begünstigung der Bildung neuer Familien-Fideicommisse „aus den vorliegenden Stammgütern oder Familien-Fidei-„commissen nur auf die Dauer von zwei Jahren von der „Bekanntmachung dieses Edictes zur Anmeldung und Erklä-„rung der damaligen Besitzer beschränkt sey," vom Kläger eine dergleichen geschehene Erklärung und Anmeldung (von Seite des Aloys Grafen von S.) aber nicht einmal assecurirt wurde.

Endlich kann auch der § 109. des Edictes von 1818 keine Anwendung im vorliegenden Falle finden, da es sich von einer schon durch das Edict von 1808 erloschenen und nicht von einer erst nach dem 26. Mai 1818 erneuerten fideicommissarischen Substitution handelt.

Aus dem bisher Angeführten folgt demnach, daß dem Kläger auf das Gut K. mit Zugehör kein Eigenthums-Recht zustehe, vorbehaltlich jedoch seiner allenfallsigen Ansprüche auf die mit diesem Gute bisher vom Erblasser besessenen Lehen. —

Es war sonach aus den erörterten Gründen in der Hauptsache zu erkennen, wie geschehen.

Die Kosten aller Instanzen waren bei der Verschiedenheit der Erkenntnisse zu compensiren.

Rechtsfall IX.

über

Weide-Ablösung.

Mitgetheilt

von

Herrn Dr. Schön,
königlichen Advokaten zu Deggendorf.

Einleitung.

Gegenwärtiger Rechtsfall würde seines eigenen hohen Interesses wegen allerdings eine ausführlichere Mittheilung verdienen; indeß beschränke ich mich dem Wunsche meiner Leser und meinem Versprechen getreu, auf die gedrängte Darstellung desselben durch ausschließliche Mittheilung der ergangenen Bescheide, und schicke zur leichtern Verständniß derselben lediglich folgende kurze Erinnerung voraus:

Im sogenannten obern und untern Moos, einer Fläche von mehr als zwei tausend Tagwerken am rechten Ufer der Donau von der Einmündung der Isar abwärts bis zur Strasse, welche von Plattling nach Paßau führt, besitzen die Bauern von Ottmaring, Buchhofen und Penzling, vermischt mit andern, mehrere, größtentheils einmädige Wiesen.

Auf diesen Wiesen übten die Gemeinden Isarhofen, Isarmündt, Forstern und Innerleithen die Weide aus, welche die Eigenthümer auf dem Kulturwege zu entfernen suchten, und anfangs ganz glücklich stritten.

Auch Graf Preysing von Moos übte auf den besagten Wiesen das Weidrecht aus, welchen später die Eigenthümer ebenfalls in Klage zogen, die erste und zweite Instanz zur Weideentfernung ohne Entschädigung verurtheilten, ein allerhöchster Staatsrathsbeschluß vom 11. Jan. 1836 aber hinsichtlich der einmädigen, und nicht einmal einmädigen Wiesgründe zur Entfernung der Weide nur gegen Entschädigung schuldig erkannte.

Die hier einschlägigen Verordnungen, besonders über den Begriff und Unterschied zwischen öden Gründen und einmädigen Wiesen und über die Verbindlichkeit zur Ablösung der Weideservitut von derselben ohne oder gegen Entschädigung sind vorzüglich

1. das Generalmandat vom 24. März 1762, § 6,
2. das Mandat vom 20. October 1779,
3. „ vom 10. November 1790,
4. „ vom 6. October 1792,
5. Verordnungen vom 8. Februar 1802,
6. vom 24. December 1802,
7. vom 18. Juli 1803,
8. vom 18. Jänner 1805, und
9. vom 15. März 1808.

In wie fern diese Verordnungen in dem allerhöchsten Staatsrathsbeschlusse vom 11. Jänner 1836 richtig aufgefaßt und interpretirt sind, möge der verehrliche Leser selbst entscheiden; unläugbar bleibt, daß dieser Beschluß früheren Erkenntnissen der höchsten Instanz geradezu entgegen ist, und

Mancher, der nach den zuerst geltenden Ansichten sein Weiderecht ohne Entschädigung aufgeben mußte, findet nun vielleicht einen Weg, es auf den Grund des allegirten Staatsrathsbeschlusses wieder geltend zu machen.

Die Partei, welche den vorliegenden Fall mittheilt, ist die unterliegende, und ihr daher das Recht der Öffentlichkeit als letzte Zuflucht um so weniger zu versagen.

84.

Das Königliche Landgericht Deggendorf.

Erkennt in Sachen der Gemeinde Ottmaring und Cons. gegen den Reichsrath Grafen von Preysing auf Moos wegen Beweidung des obern und untern Mooses zur geschlossenen Zeit nach erstatteten Vortrag und gepflogener collegialer Berathung:

I. daß die Beweidung der Gründe im obern und untern Moos durch das Vieh des Grafen von Preysing außer der offenen Zeit vom 1. October bis 1. April jeden Jahres ohne Entschädigung zu weichen habe;

II. daß dem Hrn. Beklagten sein Anspruch auf Rückvergütung eines allenfallsigen ursprünglichen Erwerbspreises vorbehalten bleibe;

III. daß die Kosten in der Art zu compensiren seyen, daß jeder Theil seine Patrozinanzkosten allein trage, die bei der Culturbehörde erlaufenen Kosten compensirt seyn sollen.

Entscheidungs-Gründe.

Unbestritten ist das Weiderecht und der Besitz des Hrn. Grafen von Preysing, es entsteht also einzig und allein die Frage, ob nach den bestehenden Culturgesetzen der Beklagte befugt sey, die Mooswiesen zur geschlossenen Zeit zu beweiden, oder ob die Eigenthümer nach dem 15. Juli kein Recht mehr

zum Mähen haben sollen. In der bekannten Verordnung vom 15. März 1808 sind ganz neue Vorschriften für Cultur gegeben, und dieselben sind keineswegs bloße Erläuterungen der Verordnung vom Jahr 1805. Dieselbe ist und gilt vielmehr als die Hauptverordnung in Cultursachen, und erstreckt sich über alle frühern, namentlich die so eben angeführte. Der Sinn und Buchstabe der Verordnung vom Jahre 1808 ist nun kein anderer, als das gegebene Recht, die Wiesen auf dem erträglichsten Wege vortheilhaft zu benützen, sonach die einmädigen in zweimädige umzuschaffen, das Gras dann zu mähen, wenn es zur gehörigen Reife gelangt ist, und überhaupt die Weide zu diesem Zwecke auch ohne Entschädigung zu entfernen. Eben darum ist auch der Einwurf des Herrn Beklagten, als sey die Verordnung vom Jahre 1808 eine bloße Erläuterung jener vom Jahre 1805, und sey nur von zweimädigen Wiesen zu verstehen, ohne Relevanz; denn nach der neuen muß die Weide von Äckern und Wiesen zur Hägezeit ohne Unterschied des Titels, und ohne Entschädigung weichen, während nach jener vom Jahre 1805 die Entfernung der Weide von Äckern und Wiesen geleistet werden mußte. Zudem ist in der neuen Verordnung deutlich gesagt, daß die Weide auf den Wiesen nur zur offenen Zeit vom 1. October bis 1. April ausgeübt werden dürfe, also ohne Unterschied der ein- oder bereits zweimädigen Wiesen.

Nach diesen Prämissen ist zu untersuchen, ob die Gründe im obern und untern Moose uncultivirte öde Gründe seyen. In dieser Beziehung haben es beide Theile auf einen Augenschein, und auf das Gutachten von Sachverständigen ankommen lassen. Letzteres, geht man es auch mit nur einiger Aufmerksamkeit und Unbefangenheit durch, spricht die eigene Überzeugung aus, daß die fraglichen Gründe keineswegs Mooser, Filze oder Haiden seyen, ja alle sechs stimmen vielmehr dahin überein, daß von diesen Besitzungen fast alle einmädig seyen, mehrere darunter zweimädig, und fast alle zweimädig gemacht werden können, daß sie eine jährliche Heu-Ärndte geben, und mehr geben müssen, wenn die Weideverwüstungen geendet seyn werden.

Selbst der Beklagte kann nicht unbedingt einigen Mooswiesen die Einmädigkeit absprechen, zumal enthalten diese sogenannten Mooswiesen cultivirte Gründe, wie die Kugelstatthäuser und einiger ringsum angränzender Nachbarn.

Die bemerkte neue Verordnung will die Weide von Äckern und Wiesen zur Hägezeit ohne Unterschied des Titels und ohne Entschädigung entfernt wissen, nur gestattet sie eine Rückvergütung des ursprünglichen Erwerbspreises.

Am 18. Juli 1835.

85.

Paßau, den 25. November 1835.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Auf die Berufungen der Gemeinde Ottmaring und Cons. und des erblichen Herrn Reichsraths Grafen von Preysing in Moos gegen das Erkenntniß des königl. Landgerichts Deggendorf, welches von demselben im Betreffe der Beweidung der obern und untern Mooswiesen der Kläger von Seite des letztern zur geschlossenen Zeit unterm 18. Juli l. Jahrs gefällt worden ist, hat sich die unterfertigte Stelle Vortrag erstatten lassen, und nach collegialer Berathung beschlossen, daß das erstrichterliche Erkenntniß aus den demselben angefügten Entscheidungsgründen lediglich zu bestättigen sey.

Die Kosten eignen sich auf die in diesem Erkenntnisse bezeichnete Weise um so mehr zur Compensation, als das fragliche Weiderecht, welches von dem Beklagten ursprünglich nach Maaßgabe der ältern Cultursverordnungen vom 6. October 1792 und 18. Jänner 1805 unbeschränkt ausgeübt worden ist, erst durch die, diese Verordnungen derogirende allerhöchste Verordnung vom 15. März 1808 beschränkt worden ist, und sohin jenem kein Streitsmuthwille zur Last gelegt werden kann.

86.

Ludwig ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Wir haben uns in der Recurssache der Gemeinde Ottmaring und Cons. gegen den Grafen von Preysing zu Moos, wegen Beweidung von Mooswiesen, von Unserm Staatsraths-Ausschusse Vortrag erstatten lassen, und in Erwägung, daß die Verordnung vom 15. März 1808 den im Generalmandat vom 24. März 1762, § 6, dann in den Verordnungen vom 6. October 1792, vom 8. Februar 1802 und vom 18. Jänner 1805 Nr. 7. gemachten Unterschied zwischen cultivirten und nicht cultivirten, das heißt ein- und zweimädigen Wiesen nicht aufhebt, vielmehr ihrem ganzen Zusammenhange nach nur den Fall der zwei- und einmädigen Wiesen voraussetzt — reformiren Wir das Erkenntniß Unserer Regierung des Unterdonaukreises vom 25. November 1835 dahin, daß die Beweidung der Gründe im obern und untern Moos durch das Vieh des Grafen von Preysing außer der offenen Zeit vom 1. October bis zum 1. April jeden Jahres nur hinsichtlich der zwei- und mehrmädigen Wiesen ohne Entschädigung, hinsichtlich der einmädigen und nicht einmal einmädigen Gründe aber nur gegen Entschädigung zu weichen habe.

Für den ersten Fall der Entfernung der Weide ohne Entschädigung behalten Wir dem Grafen von Preysing seine Ansprüche auf Rückvergütung eines allenfallsigen ursprünglichen Erwerbspreises vor.

München, den 11. Jänner 1836.

Inhalts-Verzeichniss

des

dritten Bandes.

A.

Ablösung — der Weideservitut. S. 370. seqq.

Abtheilung — die Competenz bei Streitigkeiten über A. der Gemeinde-Gründe steht den Administrativ-Behörden zu. S. 121 — 128.

Abstossung — die heimliche A. der Waare auf dem Wege zwischen der Gränze und der Zollstätte bildet eine für die bezweckte Defraudation Gewißheit vertretende Vermuthung, praesumtionem juris et de jure. S. 119.

Abzug — der Besoldung, siehe Besoldung.

Actio negatoria — wenn bei deren Stellung sich zugleich auf die Schädlichkeit der Weide berufen wird, so eignet sich der Weide-Proceß vorerst zum Justiz-Wege. S. 176 et 177.

Adel — ob demselben durante crida noch eine Competenz gebühre, ungeachtet die Verfassungs-Urkunde keine Erwähnung davon macht? S. 100 — 110.

Adjudication — wer die Mittel zur Befriedigung der Gläubiger innerhalb des nach § 64. des Hypotheken-Gesetzes vorgeschriebenen Termines nicht nachweiset, verliert den Anspruch auf Adjudication. S. 40. seqq.

Advokat — Diäten eines solchen bei Landcommissionen. S. 82.

Alimentation — über die A.'s Verbindlichkeit eines Privaten, welcher einen andern heirathen läßt. S. 254.

— — eine Klage auf provisorische A. findet nicht statt, wenn das Recht zur A. nicht schon durch eine Klage bescheinigt

ist; auch muß die Dürftigkeit des Alimenten-Foderers nachgewiesen werden. S. 255.

Animus defendendi — s. Injurie.

Antrag — ob durch den § 52 des Hypothekengesetzes der Antrag zum Selbstverkaufe eines Anwesens aufgehoben ist oder nicht? S. 5 — 40.

Antritt — s. Erbschaftsantritt.

Anverheirathung — eines Anwesens zum Mitbesitze: ob dadurch Eigenthumsrechte verliehen werden oder nicht? S. 76.

Anwesen — die Feilbietung und der Hinschlag eines Anwesens darf nicht statt finden, ehe Gläubiger und Schuldner über die Schätzung vernommen sind. S. 22. seqq.

Arrest — der Personalarrest findet auch bei einer noch nicht fälligen Foderung gegen einen Ausländer statt. S. 90 — 94.

Arrest — die Gerichte sind als Oberaufsichtsbehörden ermächtiget, gegen einen Beamten wegen Unordnung und Saumseligkeit in der Rechnungsstellung die Beschlagnahme des Vermögens ex off. zu verhängen. S. 206 — 211.

Arrogation — über A. S. 270 — 297, dann Rechtsfall VIII. S. 300 — 369.

Aufhebung — eines Rückfalls: ob sie einseitig, gerichtlich oder auch außergerichtlich statt finde?

Ausländer — gegen einen Ausländer findet der Personalarrest auch wegen einer noch nicht fälligen Foderung statt. S. 90 — 94.

Austrägler — Wenn ein Austrägler das Wohnungs-Recht in einem Hause hat, und er verehelicht sich nachher, so kann ihm die Frau nicht ausgeschafft, oder er mit derselben das Haus zu verlassen nicht unter dem Vorwande gezwungen werden, daß nur er für seine Person das Wohnungsrecht habe. S. 249 — 251.

B.

Besitz — ob die Anverheirathung eines Anwesens zum Mitbesitze Eigenthumsrecht verleihe oder nicht? S. 76.

Besoldung — Einweisung in die Besoldungsterz. S. 85 — 90.

— — über die Competenz bei Ansprüchen auf das Vorrücken in eine höhere Besoldungsklasse. S. 204 — 206.

Bierwirthe — Kompetenz über die Beschwerden der Bräuer gegen die Wirthe wegen Bierabnahme. S. 213 — 215.

Bräuer — s. Bierwirthe.

C.

Competenz — der adelichen Gantirer. S. 100 — 110.
— — bei Streitigkeiten über Abtheilung der Gemeindegründe ist die Administrativbehörde, über das Eigenthumsrecht Einzelner aber an diesen Gründen sind die Civilgerichte competent. S. 121 — 128.
Competenz — wie weit sich die C. der königl. Rentämter bei Ertheilung der sogenannten Umschreibs-Certifikate erstrecke. S. 165 — 173.
— — welche Behörde zur Supplirung des Verehelichungs-Consenses competent ist? S. 173.
— — wenn von einer Culturbehörde ein Vergleich abgeschlossen, dieser Vergleich aber aus was immer für rechtlichen Gründen als nichtig angefochten wird, so hat über diese Nullitätsklage nicht der Civilrichter, sondern jene Culturs-Behörde zu entscheiden, vor welcher der Vergleich abgeschlossen wurde. S. 174.
— — wenn gelegenheitlich einer Gemeindevertheilung civilrechtliche Ansprüche erhoben aber nicht weiter verfolgt, sondern ausgeglichen werden, so ist zur Aufnahme und Genehmigung dieses Vergleiches nicht der Civilrichter, sondern die Cultursbehörde competent; und wenn ein solcher Vergleich aus was immer für Gründen als nichtig angefochten wird, so muß dieß ebenfalls vor der Cultursbehörde geschehen. S. 175 et 176.
— — wenn die actio negatoria gestellt und zugleich auf die Schädlichkeit der Weide sich berufen wird, so eignet sich der Weideproceß vorerst zum Justizwege. S. 176 et 177.
— — bei einem Streite darüber, ob Einzelne zur Gemeinde gehören, und als solche an dem Gemeinde-Eigenthum Theil haben, ist die Administrativbehörde competent; leiten aber diese Einzelnen ihren Miteigenthums-Anspruch von privatrechtlichen Titeln ab, dann ist das Civilgericht competent. S. 178 — 180.
— — Streitigkeiten über ein jus forestale gehören vor die Civilgerichte; Streitigkeiten aber, welche bloß die Art der Ausübung eines juris forestalis betreffen, gehören vor die Administrativstellen. S. 181.
— — Lottospiel-Regulierungen und daraus entstehende Streitigkeiten eignen sich zur Kompetenz der Justizstellen. S. 182 — 184.

Competenz in Pfarrhofsbausachen. S. 189 — 192.
— — bei Klagen gegen den königl. Fiscus wegen Fortbezug des vollen Gehaltes. S. 195 — 198.
— — des Fiscus als Beklagter in Personalsachen. S. 198 — 201.
— — in Beurtheilung der Ansprüche aus einem Lotteriegewinn. S. 202.
— — über Ansprüche auf das Vorrücken in eine höhere Besoldungsklasse. S. 204 — 206.
— — die Gerichte als Oberaufsichtsbehörden sind competent gegen einen hinterstelligen Beamten die Vermögensbeschlagnahme provisorisch zu verhängen. S. 206 — 211.
— — zur Deckung ärarialischer Foderungen können die Administrativbehördenp rovisorische Sicherheits-Maaßregeln ergreifen, jedoch nur salvo recursu ad judicem. S. 211 — 213.
— — über den widerrechtlichen Austritt eines Wirthes aus dem Bräuhause. S. 213 — 215.
— — bei Streitigkeiten über Gewerbsbeeinträchtigung. S. 216 — 219.
Concurs — das forum c. universale zieht nicht immer die Particulargerichtsstände an sich. S. 193.
— — Competenz der adelichen Gantirer im Concurse. S. 100 — 110.
Consens — wer den Heiraths C. zu suppliren habe: der ordentliche Richter der den C. verweigernden Ältern, oder jenes Gericht, welches die Heirathspacten zu protocolliren hat? S. 173 — 174.
Consensertheilung — bei dem Leibrechte s. Leibrecht.
Curator — Honorar eines Massacurators. S. 78. sqq.

D.

Declaration — die unrichtige D. eines durchgehenden Gutes ist keine Zolldefraudation. S. 110 — 114.
— — eine D. ist nur bei solchen Gegenständen erfoderlich, welche auf eigene oder fremde Rechnung ein-, aus- oder durchgehen, nicht aber auch bei solchen, welche nur entlehnt werden. S. 118.
— — ob durch eine bedingte D. eine Injurie gehoben werde? S. 228—230.
Defraudation — die unrichtige Declaration eines blossen Durchgangsgutes begründet keine Defraudation. S. 110 — 114.

Denunciation — wegen gerichtlicher D. findet keine Injurienklage statt, ausgenommen, es könnte bewiesen werden, daß sie wissentlich falsch gemacht wurde. S. 230 — 238.
Diäten — der Advokaten bei Landcommissionen. S. 82.
Domicil — wie ist der Ausdruck zu verstehen, daß die unehelichen Kinder dem D. ihrer Mutter folgen? S. 131 — 138.
Durchgangsgut — wenn ein solches unrichtig declarirt wird, so macht sich dadurch der Spediteur keiner Defraudation schuldig. S. 110 — 114.

E.

Edictum D. Hadr. — s. Erbschaft, Immission, Testament.
Ehefrau — ob dieselbe durch Anverheirathung eines Anwesens zum Mitbesitze Eigenthumsrechte erwerbe oder nicht? S. 76.
Ehevertrag — s. Consens.
Ehevertrag — wenn in einem Ehevertrag ein Rückfall bestimmt wird, so kann er durch ein nachfolgendes Testament wieder aufgehoben werden. S. 54 — 56.
Ehevertrag — wenn in einem Ehevertrage im allgemeinen ein Rückfall bestimmt wird, ein Ehetheil während der Ehe noch einiges Vermögen erbt, und hierüber zu Gunsten Anderer als des Ehegatten testirt: ob eine solche Disposition rechtsgültig sey oder nicht? S. 56 — 66.
Eigenthum — ob die Anverheirathung eines Anwesens zum Mitbesitze Eigenthumsrechte verleihe oder nicht? S. 76.
Einlösungs-Termin — innerhalb des §64. des im Hypothekengesetze vorgeschriebenen Termins zur Einlösung müssen die Mittel zur Befriedigung der wegzuzahlenden Gläubiger nachgewiesen werden, sonst geht der Anspruch auf Adjudication verloren. S. 40. seqq.
Einweisung — in die Besoldungsterz. S. 85 — 90.
Entscheidung — die Entscheidung über Abtheilung von Gemeindegründen competirt zur Administrativbehörde, die über das Eigenthum an den abgetheilten Gründen zu den Civilgerichten. S. 120 — 128.
Erbschaft — in Immission eine Erbschaft nach dem edict. D. Hadr. S. 257. sqq.
Erbschaftsantritt — muß auch bei einem pactum successorium inter vivos erklärt oder die Erbschaft repudirt werden. S. 66 — 74.

Erbschaftssachen — in Erbschaftssachen wird quoad immobilia nach den in loco rei sitae geltenden, in Bezug auf die übrigen Güter und Erbschaftsrechte aber nach den Rechten des Domicils oder nach denen des Ortes, wo der Erblasser starb (in so ferne er dort wohnte und begütert war) geurtheilt. S. 143.

Execution — Verfahren in der Execution nach § 52. des Hypothekengesetzes. S. 5 — 40.

Execution — mit der Execution verfahren heißt in der Gesetzessprache nicht dieselbe vollstrecken, sondern nur damit beginnen. S. 67.

— — zur Bezahlung von Schulden des Fiscus darf der Richter nicht das Taxaturamt exequiren, sondern er muß hierum die einschlägige Kreisstelle requiriren. S. 224 — 226.

F.

Feilbietung — und Hinschlag eines Anwesens ist von der Vernehmung der Gläubiger und Schuldner über die Schätzung abhängig. S. 22. seqq.

Fiscus — s. forum.

— — Vorzugsrecht des königl. Fiskus bei Einweisungen in die Besoldungsterz. S. 85 — 90.

Foderung — auch wegen einer noch nicht fälligen Foderung findet gegen einen Ausländer der Personalarrest statt. S. 90 — 95.

Förmlichkeiten — die F. oder Solemnitäten eines Vertrages werden nach den Statuten des Ortes beurtheilt, wo er geschlossen wurde. S. 142 — 149.

Forestale — Streitigkeiten, wo es sich um das jus forestale und Forstrechtservituten handelt, gehören vor die Civilgerichte, und bloß jene Streitigkeiten, welche die Art der forstmäßigen Ausübung solcher Gerechtsame betreffen, gehören vor die Administrativstellen. S. 181.

Forum — s. auch Competenz.

— — wie ist der gesetzliche Ausdruck zu verstehen: uneheliche Kinder folgen dem Domicile ihrer Mutter. S. 131 — 138.

— — das f. concursus universale zieht nicht immer die Particulargerichtsstände an sich. S. 193.

— — des Fiscus in Klagen wegen Fortbezug des vollen Gehaltes. S. 195 — 198.

Forum — das F. des Fiskus als Beklagten in Personal-Klagen. S. 198 — 201.

G.

Gantirer — Competenz der adelichen G. ob sie noch stattfindet ungeachtet die Verfassungsurkunde keine Erwähnung davon macht? 100 — 110.

Gesetze — nach welchen G. über die Förmlichkeiten eines Vertrages und in Erbschaftssachen quoad immobilia geurtheilt wird. S. 142 — 144, 149.

Glaser — über die Gränzen der Gewerbs- und Handelsbefugnisse zwischen Zinngießern und Glasern. S. 218 — 224.

H.

Heirathsvertrag — s. Ehevertrag.

Honorar — eines Massa-Curators. S. 78. seqq.

I.

Immission — in den dritten Theil des Besoldungsabzuges, ob sie gleichzeitig oder successive statt findet? S. 88.

— — in eine Erbschaft nach dem Edicte D. Hadr. S. 257. sqq.

Immobilia — s. Erbschaftssachen.

Injurie — ob eine J. durch bedingte Ehrendeclaration gehoben werde? S. 228 — 230.

— — wenn Jemand wegen einer gerichtl. Denunciation klagen will, so muß er den animum injuriandi nachweisen. S. 230 — 238.

— — animus defendendi erfodert den Beweis der Wahrheit eines injuriösen Vorwurfs. S. 238 — 242.

Inventur — die von einem Patrimonialgerichte vorgenommene I. ist ungültig, wenn sie nicht mit Zuziehung eines Actuars oder zweier Zeugen aufgenommen oder von den Interessenten anerkannt ist. S. 226 — 228.

K.

Kauf — Ungültigkeit eines solchen wegen Mangel an der Einwilligung der Ehefrau. S. 76.

Kinder — uneheliche Kinder folgen dem Domicile ihrer Mutter: wie ist dieser Ausdruck zu verstehen. S. 120 — 128.

Kinder — ob unter dem allgem. Begriffe eines Leibserben uneheliche Kinder ebenfalls verstanden werden. S. 142, 154 et 162.
Kommissionen — Diäten der Advokaten bei K. über Land. S. 82.
Kompetenz — siehe C.
Kultursbehörde — s. Competenz.

L.

Legitimatio — per rescript. principis. S. 266. lqq.
Leibeserbe — ob hierunter auch uneheliche Kinder verstanden werden? S. 142, 154 et 162.
Leibrecht — wenn auf ein leibrechtiges Gut eine Frau sich schon bei ihrer Verehelichung ganzen Leib erworben hatte, so braucht sie, wenn sie Wittwe geworden und sich mit ihren Kindern in der Art verträgt, daß ihr das Anwesen bleibt, hiezu keinen grundherrl. Consens; will sie aber zugleich ihren Kindern das Vatergut hypothekarisch versichern, so bedarf sie hiezu des grundherrl. Consenses. S. 243 — 249.
Lotteriegewinn — sind die Civilgerichte oder die Lottobehörden competent Ansprüche aus einem L. zu beurtheilen. S. 202.
Lottospiel — Regulirungen und daraus entstehende Streitigkeiten eignen sich zur Competenz der Justizstellen. S. 182 — 184.

M.

Massacurator — Honorar eines solchen. S. 78. leqq.
Minderjährig — gegen gesetzlich gültige Verträge kann ein M., welcher hiebei nicht mitcontrahirt hat, keine Restitution geltend machen. S. 146.
Mitbesitz — s. Besitz.

P.

Pactum — ein p. inter vivos kann durch nachfolgendes Testament widerrufen werden. S. 163.
— — ein p. oder actus inter vivos kann durch ein nachfolgendes Testament nicht widerrufen werden. S. 144.
Pactum successorium — auch bei einem p. s. inter vivos muß der Erbschaftsantritt oder die Repudiation ausdrücklich erklärt werden. S. 66 — 74.

Pactum succeſſorium wenn ein früheres p. l. inter vivos vorliegt, welches jedoch nicht obrigkeitlich protocollirt oder insinuirt ist, so bleibt ein nachfolgendes Testament gültig. S. 74.

Patrimonialgerichte — siehe Inventur.

Personalsprüche — werden in Erbschaftsfällen nach den Gesetzen des Ortes entschieden, wo der Erblasser sein Domicil hatte. S. 161.

Personalarrest — findet gegen Ausländer auch wegen einer noch nicht fälligen Foderung statt. S. 90 — 94.

Pfarrhofsbausachen — Grundsätze über die Competenz derselben. S. 189.

Praesumtio — die heimliche Abstossung der Waare auf dem Wege zwischen der Gränze und Zollstätte begründet eine praesumtionem juris et de jure. S. 119.

Private — über die Alimentationsverbindlichkeiten, der einen Andern heirathen läßt. S. 254.

R.

Rechnungsproceß — die Verbescheidungen der Rechnungsstellen haben keine Kraft richterlicher Judicatur. S. 185 — 254.

Rechnungsstellen — s. Rechnungsproceß.

Reciprocität — in Wechselklagssachen. S. 94 — 100.

Rentämter — Competenz derselben bei Ertheilung der Umschreibs-Certificate. S. 165 — 173.

Rescriptum principis — von der legitimatio per rescript. P. S. 266. sqq.

Restitution — gegen gesetzl. gültige Verträge kann ein Minderjähriger, welcher hiebei nicht mitcontrahirt hat, keine Restitution geltend machen. S. 146.

Rückfall — der in einem Ehevertrag bedungene Rückfall kann durch Testament wieder aufgehoben werden. S. 54 — 56.

— — ob eine Rückfallsbestimmung ohne Einwilligung der damit Bedachten wieder aufgehoben werden könne, und zwar gerichtlich oder auch außergerichtlich. S. 43 — 54.

S.

Schätzung — ehe nicht Schuldner und Gläubiger über die Schätzung eines Anwesens vernommen sind, darf die Feilbietung und der Hinschlag desselben nicht stattfinden. S. 22. sqq.

Selbstverkauf — ob durch den § 52. des Hypothekengesetzes der Antrag zum Selbstverkauf eines Anwesens ausgeschlossen ist oder nicht? S. 5 — 40.

Solemnität — eines Vertrages, s. Förmlichkeiten.

Spediteur — wenn derselbe ein blosses Durchgangsgut unrichtig declarirt, so macht er sich dadurch keiner Defraudation schuldig. S. 110 — 114.

Supplirung — des Heirathsconsenses s. Consens.

T.

Taxaturamt — wegen einer Schuld des Fiscus darf der Richter nicht gleich das T. A. exequiren, sondern er muß die Bezahlung derselben bei der einschlägigen Kreisstelle nachsuchen. S. 224 — 226.

Termin — ob im Executionsverfahren nach § 52. des Hypothekengesetzes der Antrag auf Ertheilung eines Termines zum freiwilligen Verkaufe noch stattfinde oder nicht? S. 5 — 40.

— — wer innerhalb des im § 64. des Hypothekengesetzes vorgeschriebenen Termines die Mittel zur Befriedigung der Gläubiger nicht nachweiset, verliert den Anspruch auf Adjudication. S. 40 fqq.

Testament — auf den Grund eines mit einem vitio visibili nicht versehenen Testamentes kann die Immission in eine Erbschaft werden. S. 257. fqq.

— — durch ein nachfolgendes Testament kann der in einem Ehevertrag bedungene Rückfall wieder aufgehoben werden. S. 54 — 56.

— — ein Testament ist gültig, wenn auch ein früheres pactum successorium inter vivos entgegensteht, welch' letzteres jedoch nicht obrigkeitlich protocollirt oder insinuirt ist. S. 47.

— — durch ein Testament kann ein pactum inter vivos nicht widerrufen werden. S. 144.

— — durch ein Testament kann ein Pactum inter vivos widerrufen werden. S. 163.

U.

Übergabsbrief — Schulden, welche der das Anwesen übergebende Vater vor der Uebergabe contrahirt, im Uebergabsbriefe aber nicht erwähnt hat, braucht der übernehmende Sohn nicht zu bezahlen. S. 251 — 253.

Umschreibs-Certificat — ob die königl. Rentämter ermächtiget sind, bei Ertheilung derselben den Rechtstitel zu untersuchen? S. 165 — 173.

V.

Verfahren — in der Execution nach § 52. des Hypothekengesetzes. S. 5 — 40.

Verfahren — mit der Execution verfahren heißt in der Gesetzessprache nicht, dieselbe vollstrecken, sondern nur damit beginnen. S. 7.

Vergleich — wenn von einer Kultursbehörde ein Vergleich geschlossen, und dieser dann aus was immer für Gründen als nichtig angefochten wird, so hat über die Nullitätsklage nicht der Civilrichter, sondern jene Kultursbehörde abzuurtheilen, vor welcher der Vergleich geschlossen wurde. S. 174.

— — wenn auch gelegenheitlich einer vorzunehmenden Gemeindevertheilung Privateigenthums- oder Servitutsansprüche angebracht, aber nicht weiter verfolgt, sondern ausgeglichen werden, so sind dennoch die Kultursbehörden competent einen solchen Vergleich rechtsbeständig aufzunehmen und gültig zu ratificiren — wenn daher ein solcher Vergleich angefochten werden will, so muß dieß ebenfalls wieder vor der Kultursbehörde geschehen. S. 175 et 176.

Verkauf — ist die Bestimmung der G. O. und der Nov. über den freiwilligen Verkauf nach § 52. des Hypothekengesetzes zulässig oder nicht? S. 5 — 40.

Vermögen — ob über jenes V. welches ein Ehetheil während der Ehe acquirirt, zu Gunsten Anderer als des Ehegatten testirt werden kann oder nicht? S. 56 — 66.

Vertrag — Förmlichkeiten eines Vertrages werden nach den Statuten des Ortes beurtheilt, wo er geschlossen wurde. S. 142 — 149.

Vorzugsrecht — des königl. Fiscus bei Einweisung in die Besoldungsterz. S. 85 — 90.

Vitium — visibile bei einem Testamente, siehe Testament, Erbschaft und Immission.

W.

Wechselklagssachen — über Reciprocität bei denselben. S. 94 — 100.

Weide — die Weide braucht nur mehr von zweimädigen Wiesen ohne Entschädigung zu weichen, von einmädigen und weniger als einmädigen aber nur gegen Entschädigung — (Staatsrathsbeschluß vom 11. Jänner 1836.) S. 370. fqq.

Weideproceß — s. Competenz.

Wirth — s. Bierwirth, Bräuer und Competenz.

Wohnungsrecht — s. Austrägler.

Z.

Zinngießer — über die Gränzen der Gewerbs- und Handelsbefugnisse zwischen Zinngießern und Glasern. S. 218—224.

Zinsen — wenn nach § 52. des Hypothekengesetzes der Auftrag zur Zinsenzahluug ertheilt wird, ob hiegegen ein Antrag nach § 31 et 32. der Nov. v. J. 1819 Platz greife oder nicht? S. 5 — 40.

Zolldefraudation — die unrichtige Declaration eines durchgehenden Gutes ist keine Zolldefraudation. S. 100—114.

Zollgefährde — wer nicht dolose sondern lediglich culpose handelt, macht sich keiner Zollgefährde schuldig. S. 115.

— — es gilt gleich, ob die Zollgefährde dolose oder culpose geschehen sey. S. 117.

Bayerische Staatsbibliothek München

18.4.96

BUCHBINDEREI
OBERMEIER
Niederlassung München
Heßstraße 14
80799 München
Telefon 089/2800116

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Du Prel, Max

Sammlung auserlesener bayer'scher Rechtsfälle, Präjudicien und anderer interessanter Erkenntnisse

Bd.: 3

Landshut (1837)

Bavar. 659-3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10372810-4